جامعة لونيسي علي– البليدة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الشروط المقترنة بعقد الوقف في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق

تخصص: قانون خاص

من إعداد الطالب:

التيجاني النذير

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

رامول خالد

أعضاء لجنة المناقشة:

أ.سرير مولود	أستاذ التعليم العالي	جامعة البليدة2	رئيسا
أ.رامول خالد	أستاذ التعليم العالي	جامعة البليدة 2	مشرفا ومقررا
أ.بوشمة خالد	أستاذ التعليم العالي	جامعة البليدة2	مناقشا
أ.مجاجي منصور	أستاذ التعليم العالي	جامعة المدية	مناقشا
أ.سالمي موسى	أستاذ محاضر " أ"	جامعة الأغواط	مناقشا
أ.ملياني عبد الوهاب	أستاذ محاضر " أ"	جامعة الأغواط	مناقشا

السنة الجامعية:2020–2021.

كلمة شكر

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الكريم، الأستاذ الدكتور "رامول خالد" المتوج بتاج المعرفة والرقي الذي أشرف على أطروحتي، والذي لم يبخل عليّ بتوجيهاته الرشيدة، والتي عكست خبرته العالية في هذا المجال، وعلى حِلّمه وصبره على عثراتي المتكررة طوال فترة إعداد الأطروحة.

كما أتوجه بأصدق عبارات الشكر والامتنان، إلى لجنة المناقشة على قبولها مناقشة بحثيّ المتواضع، وعلى تفضلها بتصويب ما شابه من نقص، شاكرا بذلهم، وعنائهم في سبيل جعله في هيئة التي تليق بمكانة "الوقف" كموضوع مهم وعظيم.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كافة فرقة التكوين، والتي لم تدخر جهدا في تنويرنا وتكويننا من الناحية المنهجية والنظرية وكذا التطبيقية، وعلى رأسها الأستاذ الدكتور الحازم عليّ الهمة "بوبكر مصطفى".

كما لا يفوتني إيصال الشكر كذلك إلى الدكتور سالمي موسى على كل ما قدمه لي من مساعدات وتوجيهات وخبرات، وأشكر كذلك جميع من تقدم لي بمساعدة صغيرة كانت أو كبيرة من قريب أو بعيد.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى روح الوالد الكريم رحمات ربي تبارك وتعالى عليه والذي لا يزال حاضرا معي بكل ما أملاه عليَّ حسًا ومعنًا.

وإلى الجوهرة الثمينة، والّدرة المصونة المباركة، التي لا تزال تحملني رغم ثقلي، ولا تُظهر لي إلا تقاسيم الحب والأمل سيدتي ومولاتي الوالدة الكريمة حفظها الله ورعاها، وأمدها بموفور الصحة والعافية، وطول العمر حتى ننهل دائما من فيض بركاتها وأنوارها.

وإلى عليّ الهمة ورفيع الدرجة، عالي القدر والمقدار، الذي لم يرضى لي إلا الوصول إلى أسنى المراتب، والاقتطاف من شجرة الرِفعة أعلاها أخي " التجاني عبد الحميد " حفظه الله ورعاه، وأدام عزه ونصره، ووفقني الله دائما أبدا سرمدا لاقتفاء أثره وخُطاه.

قائمة بأهم المختصرات

- إ.ق.غ.ع: الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية.
- إ.ق.غ.أ.ش: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية.
- ج: الجزء.
- ج.ر: الجريدة الرسمية.
- م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.
- مج: المجلد.
- ن.ق: النشرة القضائية.
- ع: العدد.
- ص: الصفحة.
- د.س.ن: دون سنة نشر.
- د.ب.ن: دون بلد نشر.

-P:page.
-op.cit:ouvrage précédemment cité.

مقدمـــة

يظل الوقف من أهم ما اختصت به شريعتنا الإسلامية العصماء، لكونه أوسع أبواب الخير والبّر على الإطلاق. فمنظومة الوقف تعد مظهرا من المظاهر الجلية على قوة الدين الإسلامي وواقعيته وانسجامه مع الطبيعة الإنسانية، والناموس الفطري الذي جُبل عليه البشر وهو حب البذل والعطاء ليكون بذلك الوقف من الصروح الشامخة، والقائمة على أساس متين منبثق عن إرادة واعية، تستند على هدف عظيم، وهو النهوض بالأمة الإسلامية وازدهارها، وارتقاء العبد لكون الوقف من القُربات الموجهة لله عز وجل.

وبذلك يكون الوقف من السنن الماضية، والمسالك الزاهرة، التي يُثاب بها الواقفون، ويُكفل بها المستحقون، وتسد بها حاجة الفقراء والمساكين، نظرا للأثر البالغ في شتى نواحي الحياة الإنسانية والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، فكان بذلك الوقف من أكثر مناهج الإحسان التي تُسلك لتعظيم رصيد المؤمن في الآخرة، وفك الضيف، ورفع الغين في الدنيا على المحتاجين، مصدقا لقوله تعالى:﴿ لَيْسَ الْبِرَّ أَنْ تُوَلُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَٰكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا ۖ وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ ۗ أُولَٰئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا ۖ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ ﴾ ﴿سورة البقرة الآية 177 ﴾.

ولقد استمد الوقف مشروعيته، وأحقيته في صدارة سائر أعمال البر والإحسان من مصادر الشريعة الإسلامية المختلفة، وبالأخص من القرآن الكريم حيث استند العلماء على الكثير من الآيات القرآنية التي تحبب إلى فعل الخير ومن أهم ما يدل على مشروعية الوقف قوله عز وجل :﴿لَن تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾﴿سورة آل عمران الآية 92 ﴾، ومن السنة النبوية المشرفة أمثلة واضحة وجلية على مشروعية الوقف، فقد حبس سيدنا مُحَمَّد ﷺ، ومن بعده أكابر الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم ولعل الأدلة النبوية في ذلك صريحة ومن أهمها ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه، أن سيدنا مُحَمَّد ﷺ قال: ﴿ذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلا مِنْ ثَلاثٍ : مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ ، أَوْ وَلَدٍ

صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ﴾، ليستمر ويتواتر العمل بالوقف في الأعصر الزاهرة للحضارات الإسلامية ويكون الوقف بذلك من مظاهر ازدهار والرقي الأمم الإسلامية، إلا أن تبنته الدول الإسلامية حاليا كنظام شرعي وقانوني قائم على أساس تبرعي هدفه حبس الأصل، وتسبيل منافع الوقف.

والجزائر وعلى غرار كل الدول إسلامية، تبنت نظام الوقف في عهودها قديمها، وحديثها إلى يومنا هذا، حيث كانت الأوقاف من المعلم البارزة في تاريخ الجزائر خاصة في العهد العثماني حيث ازدهرت المؤسسات الوقفية، وتعاظمت إيراداتها، وكثرت غلاتها، واكتسحت جميع المجالات، بداية بالجانب الديني حيث ساهمت الأوقاف في بناء مساجد عديدة ساعدت على تنشيط دور الدين الإسلامي، إلى جانب دور الأوقاف في تشييد المدارس، والمعاهد ونشر العلم والمعرفة في شتى العلوم والفروع، دون نسيان الدور المحوري الذي لعبته الأوقاف في إعانة الفقراء والمحتاجين، والتقليل من نسب البطالة وتوفير العمل مما خفف من وطأة المشاكل الاقتصادية والآفات الاجتماعية، كما ظهرت أهمية الأوقاف ودورها في المجال السياسي، والعسكري في العهد العثماني في الوقت التي كثرت فيه الحمالات والأطماع تجاه الجزائر نظرا للازدهار الاقتصادي والمالي الذي كانت تعيشه آنذاك، إلى أن جاء العهد الاحتلال الفرنسي الذي حارب الأوقاف بجميع الوسائل، وبشتى الطرق الممكنة من خلال قوانين بررت لعمليات مصادرة الأعيان الوقفية وطمس لهويتها، وتحويل لملكيتها ونهب مصارفها وغصب لغلاتها، بالموازاة مع قوانين مختلفة أطفت الشرعية على تلك التصرفات ومهدت لاندثار الأوقاف وزوالها شيئا فشيئا، الأمر الذي كانت له انعكاسات سلبية، وتداعيات عميقة على مستقبل الجزائر فيما بعد.

إلى أن أبان عن عهد الجزائر المستقلة، وصدر أول قانون منظم للأوقاف سنة 1964والذي حوى معالجة محتشمة ومتواضعة لها،ثم تناول بعد ذلك قانون الأسرة لسنة 1984 في مواد قليلة تضمنت بعض الأحكام العامة التي يقوم عليها الوقف،ومن بعده قانون التوجيه العقاري الذي تبنى الأوقاف باعتبارها أملاك عقارية سنة 1990،ليصدر بعد ذلك أول قانون منظم للأوقاف في عقد

الجزائر المستقلة سنة 1991 وهو قانون91-10 الذي نظم الأحكام المتعلقة بالوقف بشكل واضح ومفصل مقارنة مع القوانين السابقة، وقد تناول قانون الأوقاف 91-10 جل الأحكام الموضوعية للأوقاف من خلال 50 مادة، حيث تناولت المواد من 1 إلى غاية المادة 8 الأحكام تعريفية للوقف وأنواعه، وما يندرج ضمن طائفة الوقف.أما المواد من 9 إلى غاية المادة 13 فقد تناولت أركان الوقف، وشروطه، أما الفصل الثالث من خلال المواد 14 إلى غاية المادة 16 فقد تناولت اشتراطات الواقف. أما الفصل الذي يلي فقد عالج مسائل التصرف في الوقف، والفصل الخامس تطرق إلى مبطلات الوقف، أما الفصل السادس فقد تطرق إلى نظارة الوقف، أما الفصل الأخير فقد تناول أحكام متفرقة كقضية إثبات الوقف، وكيفية توثيقه...وبهذا تكون الأوقاف قد حازت على الاعتراف والحماية القانونية في ضوء القانون الجزائري بشكل خاص ومستقل نظرا لخصوصية نظام الوقف التي تختلف عن باقي عقود التبرعات،والأنظمة العقارية الأخرى، والتي تبنى في الأساس على إرادة الواقف الخالصة لتوجيه منافع ماله على وجه التأبيد وتصدق لوجه من وجوه الخير.

ولما كانت إرادة الواقفين تعد جزءا لا يتجزأ من منظومة الوقف، وكانت سلامتها شرطا أساسيا في احترامها، فقد صُرفت الإرادة، وحُشدت الهمم بغية التأصيل لاشتراطات الواقفين المقترنة بعقد الوقف عند العلماء، وأهل الاختصاص اتفاقا واختلافا في الآراء، تنافرا وتقاربا في المواقف في سبيل التنظير السليم لتلك الشروط ووضعها في نصابها الصحيح الذي يوافق مقتضيات الشرع الحنيف والقانون.

فقد حضيت اشتراطات الواقفين باهتمام بالغ من قبل المتقدمين، والمتأخرين من المختصين رغم قلتهم، وذلك نظرا لوعيهم بأهمية الشروط المقترنة بعقد الوقف وتأثيرها على نظام الوقف ككل ويقول الأستاذ عزيز خانكي مبررا معالجته لمسألة شروط الواقفين:"...وما أحرى بنظر وتأمل الواقفين عموماً والمسلمين منهم خصوصاً، فإن الواقفين في هذا العصر اعتادوا أن ينسجوا على منوال كتب الوقف القديمة فيشترطون صرف غلات أوقافهم على مصارف ليست من وجوه البر في شيء، مع أن وجوه البر الحقيقية كثيرة،وكلها في أمس الحاجة إلى إحسان المحسنين...".

ومن هذا المنطلق تظهر جليا، وبشكل واضح أهمية معالجة موضوع الشروط المقترنة بعقد الوقف، أو بالأحرى اشتراطات الواقف، وذلك لتعلقها الوثيق بنظام الوقف والذي يضفي على الموضوع أهمية لوحده، كون أن الوقف من القضايا الفقهية التي رتب لها الفقهاء حديثا وقديما فصولا، وأبوابا، من الشرح، والترجيح...لوعيهم الشديد بأن الوقف نظام حياة يتعلق بالمجتمع الإسلامي، ويمس جميع نواحي الحياة.

وإذا أضيف لدراسة لموضوع الوقف، الشروط المقترنة بعقده، فإن ذلك يزيد من أهميته،ويعززها على الصعيد الموضوعي والتطبيقي، فالضرورة ملحة للبحث في كيفية تأسيس نظام الوقف كعقد، وكتصرف يقوم بالأساس على إرادة الواقف، هذه الإرادة التي ينبثق عنها مجموعة من الاشتراطات، توحي إلى دلالات، وتدل على رغبات، وتوجه إلى مقاصد تستنبط من ما يميله الواقف في كتاب وقفه لتكون الشريعة المنظمة لجميع أحكام الوقف في ما بعد، وتؤسس للعديد من المبادئ التي سيتبناها نظار الوقف، ويستند عليها المستحقون في الدفاع عن حقوقهم في الانتفاع بالوقف، ويسترشد بها القاضي حين الفصل في دعاوى الوقف، وكذا في محاسبة الناظر المتولي لأمور الوقف، ليكون كل وقف على حدى مميزا عن وقف آخر، لأن البصمة الاختلاف ومن يصنع الفرق فيما بينا هو شرط الواقف وإرادته.

ومن هذا السياق تمازجت أهداف الدراسة، مع أسباب اختيار الموضوع، والتي كانت موضوعية في جميع أطوار البحث، ومحطاته المختلفة، وهي:

– الرغبة في إصلاح توجهات الواقفين وتصويب لإرادتهم من خلال اشتراطاتهم بما يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية، ومتطلبات المجتمع الإسلامي، بالموازاة مع إصلاح تشريعي عميق للمنظومة القانونية الجزائرية للأوقاف، لأن الشروط المقترنة بعقد الوقف إذا لم تكن وقف الضوابط المعهودة سيترتب عنها تداعيات وخيمة ستقلي بضلالها على الأعيان الوقفية كافة، وتساهم في فساد، وانحطاط التوجه الوقفي للواقفين ونظرة المجتمع ككل للأملاك الوقفية، خاصة وان اشتراطات الواقف أولها الفقه الإسلامي أهمية من حيث المعالجة، وأسندها بخلفية متينة مفادها أن:" شرط الواقف كنص الشارع".

- الخروج من الصورة النمطية المعروفة عن الأوقاف على أنها أملاك بور، لا تؤدي أُكلها ولا دورها في المجتمع، من خلال توسيع دائرة الوعي، والإشادة بأهمية الأوقاف في حل جميع المشاكل والآفات والأزمات التي تعاني منها المجتمعات في الوقف الراهن، وذلك بغية تجاوز الصورة الرتيبة والضعيفة التي آلت إليها الأوقاف، وتفعيل دورها بعدما انحسر في دور العبادة، وتقسيم الإعانات على المحتاجين بصفة ارتجالية، لأن يشمل دورها جميع الميادين والمجالات.

وبالتالي، فإن معالم الدراسة تتعلق بمحورين أساسين وهما، البحث عن خصوصية الشروط المقترنة بعقد الوقف في ضوء الأحكام العامة للشروط بوجه عام، وذلك بغية تشكيل صورة واضحة عن مضمون تلك الشروط، وخلفيتها الفقهية والقانونية في إطار موضوعي نظري.

ثم تسليط الضوء بعد ذلك على تأثير الشروط المقترنة بعقد الوقف، على نظام الوقف ككل من حيث أركانه، والآليات المرصودة لإدارته والولاية عليه، خاصة التصرفات التي تلعب اشتراطات الواقف دورا حاسما فيها، وكل ذلك من خلال ما جاء في النظام القانوني للوقف في ضوء القانون الجزائري بالموازاة مع أحكام الفقه الإسلامي خاصة وأن جل الأحكام التي اعتمدت في هذه الدراسة كانت أحكام فقهية شرعية، إضافة إلى الإسقاط على القواعد العامة في الفقه القانوني.

ولأنه لا يوجد بحث من دون صعوبات، وعقبات، فإن دراسة موضوع الشروط المقترنة بعقد الوقف ترجع أساسا، لصعوبة موضوع الوقف بوجه عام لكونه من المواضيع الفقهية الصعبة، والتي تحتوي على قضايا خلافية، ومسائل جدلية، في كل قضية من قضاياه، خاصة إذا اقترنت الدراسة مع الجانب القانوني الأمر الذي يجعل ترويض تلك الأحكام مع ما جاء في قانون الأوقاف الجزائري، والبحث عن مواطن التوافق والاختلاف أمرا شاقا خاصة وان القانون الجزائري لم يكن صريح في التوجه المذهبي الذي تبناه في معالجة أحكام الوقف، لكون المادة القانية من قانون الأوقاف أحالت الرجوع في ما لم يتم النص عليه إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون تحديد، أو تخصيص، الأمر الذي صعّب معالجة الموضوع كثيرا.

إضافة إلى ندرة المراجع المتخصصة في موضوع الشروط المقترن بعقد الوقف، إن لم نقل انعدامها خاصة وان الدراسة ارتكزت على القانون الجزائري، والفقه الإسلامي وحسب، لأن البحوث والدراسات بصفة عامة في موضع الوقف تكاد تكون قليلة في ضوء القانون الجزائري الأمر الذي شكل صعوبة، ومبررا للخوض في هذا الموضوع لانعدام الدراسات السابقة التي يمكن الاعتماد عليها في إثراء الدراسة، وتعزيز المواقف والآراء في هذا الصدد.

وباعتبار أن الشروط المقترنة بعقد الوقف – اشتراطات الواقف- من المواضيع الحساسة والمهمة، والتي لم يتناولها قانون الأوقاف الجزائري من حيث المعالجة بالشكل المطلوب وعلى النحو المرجو، وأسند جل أحكامها إلى الفقه الإسلامي دون تحديد التوجه المذهبي في ظل ضياع شروط الواقفين، وتسجيل العديد من التجاوزات أمام القضاء الجزائري في موضوع تطبيق شروط الواقفين وعدم احترامها، أو فساد مقاصد الواقفين وانطوائها على نوايا لا تتوافق ومقتضى القربى في الوقف فإن ما يلح في المقام هو التساؤل عن مصير تلك الشروط، وعليه، فكيف تعاطى المشرع الجزائري من خلال قانون الأوقاف الجزائري 10/91 المعدل والمتمم، والمنظومة القانونية للوقف ككل مع موضوع الشروط المقترنة بعقد الوقف؟ وما مدى موافقتها لمقتضيات، ومقاصد الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الإسلامي من جهة، ومصلحة الوقف والمستحقين فيه من جهة أخرى؟

وبغية الإجابة عن هذه الإشكالية وما ترتب عنها، تم تقسيم الموضوع الدراسة إلى بابين حوى كل باب فصلين في إطار ما يعرف بالثنائية في التقسيم.

حيث تناول الباب الأول الموسوم بـ: **أحكام الشروط المقترنة بعقد الوقف**، الجانب التعريفي بالشروط المقترنة بعقد الوقف، والأحكام الخاصة باشتراطات الواقف، بداية من التعريف بنظام الوقف، وبيان أنواعه، وخصائصه في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، ثم التطرق على النظرية العامة للشرط، وإبراز معالم خصوصية الشرط المقترن بعقد الوقف، من خلال استعراض أحكامه العامة والخاصة، ودوائره، وبيان طرق إثباته.

أما الباب الثاني من الدراسة والمعنون بـ: **آثار اشتراطات الواقف على نظام الوقف**، فقد تم التطرق فيه إلى تأثير اشتراطات الواقف على منظومة الوقف جميعها، بداية من استعراض مدى صلاحية الواقف للاشتراط وتبيان شروط ذلك، والحالات التي تعيق الواقف عن الاشتراط، مرورا بآثار تلك الاشتراطات الواقف على موضوع الاستحقاق في الوقف من تناول ركن الموقوف عليه إلى غاية البحث في علاقة اشتراطات الواقف بالمال الموقوف وطبيعته، إلى غاية أهم ركن في الوقف وهو صيغة الوقف من خلال عرض شرط صحتها، والقواعد والأصول المتبعة في تفسير شروط الواقفين، وتبيان مقاصدهم، ثم البحث في علاقة الشروط المقترنة بعقد الوقف – اشتراطات الواقف- على تنظيم مسائل الناظرة على الوقف بصفة عامة، والتقصي في الصلة بين إرادة الواقف وبعض التصرفات الواردة على الأعيان الوقفية.

وفي سبيل المعالجة السليمة والمنهجية للموضوع، والإجابة عن إشكالية البحث، تم الاعتماد على مجموعة من مناهج البحث العلمي في إطار متكامل، حيث تم الاعتماد على المنهج الوصفي في عرض الإطار المفاهيمي للتعريف بموضوع الشرط المقترنة بعقد الوقف، إضافة إلى لمنهج التحليلي كعنصر أساسي في التعاطي مع موضوع الدراسة، من خلال استقراء النصوص القانونية، واستنباط الآراء الفقهية المختلقة في موضوع الشروط المقترنة بعقد الوقف في قالب مقاربة بين أحكام الوقف في القانون الجزائري، والفقه الإسلامي معتمدين على المذاهب الأربعة (الحنفي المالكي،الشافعي،الحنبلي) على سبيل الحصر.

الباب الأول

أحكام الشروط المقترنة بعقد الوقف

الباب الأول

أحكام الشروط المقترنة بعقد الوقف

إن عملية الاشتراط في عقد الوقف هي عملية من صلاحيات الواقف، وقد اعتبر الفقه الإسلامي إلى جانب القانون الجزائري من خلال قانون الاوقاف10/91 المعدل والمتمم[1] هذه الشروط التي يضعها الواقف في عقد الوقف المرجع الأول، والأخير في إدارة المؤسسة الوقفية من خلال مصارفه، وكذا الولاية عليه[2]، فهي بذلك تعتبر الدستور الأساسي الذي يشرع به الواقف وذلك ما يتضح من خلال القاعدة الفقهية " شرط الواقف كنص الشارع"[3].

وإن الشروط التي يجعلها الواقف يجب مراعاتها واحترامها وتطبيقها وتسهر الجهة الوصية على ذلك وهو ما نصت عليه المادة 14 من قانون الأوقاف بقولها:" اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة الإسلامية نهي عنها"، وهو كذلك ما تقدم به قرار المحكمة العليا والذي كان قبل صدور قانون الأوقاف، حيث جاء في القرار المؤرخ في 1986/05/05:" إن الحبس هو عقد خصه الفقه وقيده بشروط خاصة مما لا يمكن اعتباره كالوصية، بل عقد صحيح يخضع لإرادة المحبس ولا يمكن إبطاله بأي وجه من الأوجه ما دام مؤسسه

[1] لقانون 91-10 المتعلق بالأوقاف، والمعدل والمتمم بالقانون 01-07 (ج.ر.ع .29 لسنة 2001)، والقانون 02-10 (ج.ر.ع.83) المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق لـ 27 أفريل1991، ج.ر.ع.21 لسنة 1991.

[2] مصارف الوقف والولاية عليه سوف تكون محل الدراسة من خلال الباب الثاني من هذا الموضوع، حيث تعتبر المجال الخصب الذي يشترط فيه الواقف...

[3] "شرط الواقف كنص الشارع" هي قاعدة فقهية معتمدة في مجال اشتراطات الواقف، والمقصود بها أن كل ما يجعله الواقف من اشتراطات في العقد يجب تطبيقها حرفيا، وإلا اعتبر ذلك مخالفة لإرادة الواقف، وسنتناول هاته القاعدة بشيء من التفصيل في الأطوار اللاحقة للدراسة.

بناه على قواعد فقهية ثابتة كانت معمولا بها وقتئذ، ولا يعاب عليه اختيار المذهب الحنفي في ذلك وإخراج من شاء من المحبس عليهم"[1].

كما أشارت المادة الخامسة من قانون الأوقاف 10/91 على سهر الدولة لاحترام إرادة الواقف وتنفيذها، واحترام إرادة الواقف هو موقف ثابت وظاهر من خلال النصوص الموجودة في القانون10/91 وهو ما تم اقتباسه من أحكام الفقه الإسلامي باختلاف مذاهبه، كونه أحال المشرع كما أسلفنا الذكر فيما يخص أحكام الوقف إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يتم النص عليه.

ولكن الإشكال الذي يطرح هنا، والتساؤل الذي يتبادر إلى الأذهان باستقراء المادة الأولى من القانون10/91، والتي فتح المشرع من خلالها الباب على مصرعيه في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في ما لم ينص القانون عليه فيما يتعلق بالوقف.

وهو ما يفتح المجال لطرح بعض التساؤلات التي من خلالها نقف على إرادة المشرع في هاته الحالة، علما أن الفقه الإسلامي يحتوي على العديد من المذاهب الفقهية، فما هو مقصود المشرع بالضبط عند قوله بالرجوع على أحكام الشريعة الإسلامية، هل ذلك على سبيل الاختيار أو التحديد؟ وهل أخذ المشرع الجزائري بالمذهب السائد في الدولة الجزائرية وهو المذهب المالكي[2] في اختيار إرادة الواقف، أم ترك الحرية للواقف بتكوين عقد الوقف وفقا لأحد لأحكام المذاهب الفقهية الأخرى؟

[1] المحكمة العليا، الغرفة العقارية، الملف رقم 42971 المؤرخ في 1986/05/05، " غير منشور"، نقلا عن، عمر باشا حمدي القضاء العقاري، ط12، دار هومه، الجزائر، 2012، ص.332.

[2] رغم أن المذهب المالكي هو الغالب في القضايا المسائل الدينية المختلفة بما فيها الوقف، إلا أنه في العهد العثماني خاصة كان هناك تمازج وتعايش مذهبي يشمل المذهب المالكي والحنفي تأثرا بالدولة العثمانية آنذاك، فقد اعتمد المذهب الحنفي في تولي القضايا السياسية الشرعية، والمذهب المالكي في الشؤون المحلية، وطال هذا التعايش المذهبي حتى الأوقاف فكان جليا في أوقاف الجزائريين المالكيين الذين حبسوا أملاكهم وفقا للمذهب الحنفي، نظرا لما يحتويه من مرونة وديناميكية في الكثير من المسائل المعقدة خاصة ما تعلق بشروط الوقف، ولزومه. فارس مسدور، كمال منصوري، الأوقاف الجزائرية نظرة في الماضي والحاضر، مجلة الأوقاف، ع 15، ذو القعدة 1429، نوفمبر، 2008، ص. 70.

واستنادا لما ذُكر أعلاه، ومن خلال هذا الباب من الدراسة سيتم تناول الشروط المقترنة بعقد الوقف، والتي تتجلى وبصورة بيّنة من خلال "اشتراطات الواقف" والتي عالجها قانون الأوقاف من خلال المواد 14-15-16[1]، على أن ترتكز المعالجة على التنظير لقضية الشروط المقترنة بعقد الوقف اعتمادا على القواعد العامة في ذلك (الفصل الأول)، وذلك في سبيل إبراز الأحكام المتعلقة بالشروط خاصةً حينما تقترن بعقد الوقف (الفصل الثاني)، وذلك في ضوء أحكام الفقه الإسلامي وفقا للمذاهب الفقهية الأربعة، واستنادا إلى أحكام قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، وما لحقه من قوانين و تنظيمات مختلفة.

[1] انظر، قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم.

الفصل الأول

التأصيل الفقهي والقانوني لفكرة الشروط المقترنة بعقد الوقف

إن الكلام عن الأحكام المتعلقة بالشروط المقترنة بعقد الوقف في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، هو مسألة تقتضي العودة إلى أحكام وقواعد قانونية وشرعية، وذلك راجع إلى سببين الأول أن نظام الوقف نظام شرعي بدرجة الأولى أدرجه المشرع الجزائري في قانون الأسرة في الكتاب الرابع المعنون بـ:" التبرعات" إلى جانب الوصية و الهبة، ليحظى فيما بعد بمعالجة مستقلة من خلال قانون الأوقاف10/91 المعدل والمتمم، وما تلاه من تنظيمات، والسبب الثاني هو ما أشارت إليه المادة 222 من قانون الأسرة و التي تنص على :" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، وكذا نص المادة 2 من قانون الأوقاف 10/91 والتي جاء فيها ":على غرار كل مواد هذا القانون، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه".

ويستدعي الحديث عن القواعد والأحكام في كل من القانون الجزائري والفقه الإسلامي الرجوع إلى القواعد الخاصة والعامة في كليهما، وفي إطار ذلك فإن مجال المعالجة هنا سوف يرتكز في مجال القانون على القواعد العامة للاشتراط في العقود، والمستندة أساسا على أحكام القانون المدني الجزائري[1]، وأما القواعد الخاصة فسيتم الاعتماد على كل من أحكام قانون الأسرة [2]الذي نظم عقد الوقف وقانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، بالموازاة مع موقف القضاء الجزائري إزاء مسألة الاشتراط في عقد الوقف، من خلال عرض بعض قرارات المحكمة العليا في هذا الصدد.

---

[1] الأمر 75-58 المؤرخ في 20رمضان1395، الموافق ل26سبتمبر1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم،بالقانون 07-05 المؤرخ في13ماي2007، ج،ر،ع:78لسنة1975.

[2] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة ج.ر.ع، 24 لسنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005، ج.ر.ع.15 لسنة 2005.

أما في الفقه الإسلامي فيكون ذلك بالرجوع إلى المذاهب الأربعة الحنفي المالكي، والشافعي والحنبلي فيما يتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالاشتراط في العقود، والخاصة فيما ذهب إليه فقهاء المذاهب الإسلامية فيما يخص ضوابط وحدود الاشتراط في عقد الوقف في الفقه الإسلامي.

وعليه،سيكون التركيز في هذا الفصل من الدراسة على استعراض الإطار العام والمفاهيمي لنظرية الشرط بوجه عام (المبحث الأول)، بغية التمهيد لمسألة تحديد المقصود بالشروط المقترنة بعقد الوقف (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية الشرط

يستدعي الوصول للمعنى الحقيقي والدقيق للمقصود بالشروط المقترنة بعقد الوقف، أن يتم بداية التطرق للمقصود بالشرط في كافة النواحي، وما يكتنفه من ليتم بعد ذلك تحديد مفهوم جامع ومانع للشروط المقترنة بعقد الوقف كونه ينطوي على طبيعة خاصة، ويرتبط بنوع خاص من العقود وهو الوقف الذي يندرج ضمن مصاف عقود التبرعات إلى جانب الوصية[1] والهبة[2].

ومن خلال هذا المبحث سيتم تناول مفهوم الشرط (المطلب الأول)، بالإضافة إلى تحديد التصنيف المعتمد في تنظيم الشروط (المطلب الثاني).

[1] تعرف الوصية طبقا للمادة 184 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". فبالرغم من أن كلّا من الوقف والوصية من قبيل التبرعات إلا أن الفرق الجوهري بين الوصية والوقف هو قضية ملكية العين، فالوصية كما هو معلوم تمليك مضاف إلى ما بعد الموت أي أنه من العقود الناقلة للملكية، على عكس الوقف الذي يسقط الملكية ويقتصر فيه بالانتفاع، عبد الرزاق بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، د.ط، د.س.ط، دار الهدى، 2010، الجزائر، ص. 57-58.

[2] عرفت المادة 202 من قانون الأسرة الهبة في فقرتها الأولى بأنها: "الهبة تمليك مضاف بلا عوض..."، ولعل مواطن الاختلاف بين الوقف والهبة منها متعلق بالأركان، والأحكام، وغيرها من المسائل، غير أن الفرق الجوهري يكمن في أن الهبة عقد يستوجب تطابق إرادتي الواهب والموهوب لتصح الهبة وتنتج آثارها، على خلاف الوقف الذي كما فصلنا سابقا هو تصرف صادر بالإرادة المنفردة للوقف يستمد قوته الإلزامية من كون الوقف شخص معنوي، نسيمة شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، د.س.ن، ص.29.

المطلب الأول

مفهوم الشرط

ترتكز دراسة الشروط المقترنة بالوقف على فكرة " الشرط" والذي يعتبر الفيصل في جميع أطوار الدراسة، ومن خلال هذا المطلب نتناول المفهوم العام للشرط من الناحية اللغوية والاصطلاحية (الفرع الأول)، كما نستعرض المفاهيم التي تتقارب مع معنى الشرط من خلال تمييزها عن مصطلح الشرط (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المعنى اللغوي والاصطلاحي للشرط

للإحاطة الكافية بالمقصود من الشرط، لابد من تحري معناه في جانبه اللغوي، وكذا من الجانب الاصطلاحي، نتناول ذلك على النحو الآتي:

أولا: المعنى اللغوي للشرط

حيث يُقصد بالشرط لغة إلزام الشيء، وإلزامه في البيع ونحوه[1]، والشين والراء و الطاء أصل يدل على علمٍ وعلامةٍ، وما قارب ذلك من عَلَم. من ذلك الشّرط العلامة، وأشّراط الساعة: علاماتها[2].

ثانيا:المعنى الاصطلاحي للشرط

نتناول معنى الشرط في اصطلاح الفقه الإسلامي وكذا القانوني، نستعرض ذلك وفقا للآتي:

1- تعريف الشرط عند الاصوليين:

يتمحور المعنى الاصطلاحي للشرط في الفقه الإسلامي على :" ما يلزم من عدمه العدم،ولا يلزم من وجوده وجود"[3]، ويقال :" ما يتم به الشيء وهو خارج عنه"[1].

---

[1] مجد الدين مُحَمَّد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق،ص.673.

[2] أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، ج3، دار الفكر، د.ب.ن، د.س.ن، ص.260.

[3] زكريا بن مُحَمَّد الأنصاري، الحدود الأنيقة و التعريفات الدقيقة، دار الفكر المعاصر، لبنان، 1991،ص.91.

ونعود إلى تعريفات بعض الفقهاء، والتي نسردها وفقا للترتيب الآتي:

عرفها الإمام مُحَمَّد أبو زهرة:" الشرط هو الأمر الذي يتوقف عليه وجود الحكم، ويلزم من عدمه عدم الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم"[2].

وعرفها الأستاذ مُحَمَّد الزحيلي:" الشرط في الاصطلاح هو ما يتوقف وجود الحكم وجودا شرعيا على وجوده، ويكون خارجا عن حقيقته، ويلزم من عدمه عمد الحكم"[3].

كما عرفها الأستاذ الشيخ مُحَمَّد مصطفى الزرقا :" الشرط أو الشريطة هو كل أمر ربط به غيره لا وجودا، وهو خارج عن ماهيته، أي أن عدم الشرط يستلزم عدم الأمر المشروط له، أما وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط"[4].

2- تعريف الشرط في الفقه القانوني:

عرف الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري الشرط بأنه:" هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود التزام أو زواله. فإذا كان وجود الالتزام هو مترتب على وقوع الشرط كان الشرط واقفا، أما إذا كان الالتزام قد جد فعلا وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط، كان الشرط فاسخا" [5].

3- تعريف الشرط في القانون الجزائري:

لقد تناول المشرع الجزائري الشرط في أحكام الالتزام في الباب الثالث المعنون بـ " الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام" من الكتاب الثاني المعنون بـ " العقود و الالتزامات" حيث تناوله المشرع الجزائري

---

[1] زكريا بن مُحَمَّد الأنصاري،مرجع سابق ص.72.

[2] مُحَمَّد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د.ب.ن، 1983،ص.59.

[3] مُحَمَّد الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، المطبعة الجديدة، سوريا، 1976، ص.337.

[4] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية في البلاد السورية، ط3، مطبعة الجامعة السورية، سوريا، 1952، ص.207-208.

[5] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج3، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000 ص.7.

كوصف من أوصاف الالتزام ولم يتطرق للشرط كأمر يرد على العقود، و إنما فتح الباب على مصرعيه في مسألة الاشتراط تكريسا لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" [1].

والمشرع الجزائري من خلال تطرقه للشرط كوصف للالتزام في القانون المدني لم يعط تعريفا له ولكن عند استعماله لمصطلح الشرط، قد يوظفه بعدة مسميات منها: الركن، البند، عبئ التكليف...لخدمة هذا المعنى والمقصود به في كثير من الأحيان " الشرط". ومثل هذا الأمر يعتبر خلط من المشرع لاستعماله مصطلحات تدل على غير المعنى الحقيقي والمقصود، ومردُّ هذا الخلط هو النقل الحرفي لأحكام القانون الفرنسي دون مراعاة روح ومضمون المادة، وهو ما يجعل من لغة القانون في بعض الأحيان تخرج عن المعنى اللغوي[2]. لأنه بالعودة إلى المعاني التي قد يستعملها القانون في كثير من المواضع ويقصد بها الشرط، حين التعرف على معناها من الناحية اللغوية نجدها لا تمت بصلة لما أراده المشرع، وإن تشابهت بين بعضها البعض، إلا أنها تختلف فيما بينها، مما يستوجب الإشارة ولو بصورة موجزة من أجل تجريد المقصود بالشرط منها[3].

الفرع الثاني

تمييز الشرط عن ما يشابهه من مصطلحات

نتناول من خلال هذا الجزء أهم المصطلحات التي تتشابه في معناها، وتتقارب في مضمونها مع مصطلح الشرط، وذلك على الشكل التالي:

أولا: تمييز الشرط عن الركن

بغية تمييز الشرط عن الركن، نتطرق إلى معنى الأخير على النحو المبين أدناه:

---

[1] تنص المادة 106 من القانون المدني السالف الذكر:" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ".

[2] نور الدين لمطاعي، الشرط المقترن بالعقد " دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، تخصص عقود و مسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995-1996،ص.20-21.

[3] وما هو معلوم في القواعد النحوية للغة العربية هو إن الشرط تسبقه أدوات الشرط وهي : إذا- إن- متى- كلما...وبالتالي إذا وجدت هذه الأدوات دلت على وجود صيغة الاشتراط.

1- تعريف الركن:

يقصد بالركن في اللغة الجانب القوي الذي تمسكه، وفي الاصطلاح فقد عرفه جمهور الفقهاء:" ما لابد منه لقصور العقد ووجوده سواء أكان جزءا من ماهيته، أو خارجا عنها"[1].

فالركن ما يتوقف عليه وجود الحكم، ويكون جزءاً من ماهيته، أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الحكم، ويكون خارجا عن حقيقته وماهيته[2].

وبالتالي، يتضح من هذا أن الفرق بين الشرط والركن هو كون الركن مندرج ضمن ماهية الشيء وجزء منه، أما الشرط فيكون خارج نطاق ماهية الشيء وغي مُكون له، ولكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه يخلط في التعامل و توظيف المصطلحات كما قدمنا.

2- مظاهر خلط المشرع الجزائري بين الركن و الشرط:

نستعرض مظاهر الخلط في كل من القانون المدني، ثم في مجال قواعد القانون العقاري، وفقا لما يلي:

أ/ مظاهر خلط المشرع الجزائري بين الركن و الشرط في القانون المدني:

لقد أخلط المشرع الجزائري بين الشرط والركن في القانون المدني، وذلك في القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول، والمدرج تحت الكتاب الثاني من القانون الجزائري فقد أطلق المشرع الجزائري على أركان العقد تسمية شروط العقد، وكما هو معلوم أن أركان العقد هي: الرضا، المحل السبب[3].

وبإسقاط ما قدمنا من تعريفات للركن والشرط فيتضح أن كلاً من الرضا- المحل- السبب هي معان تفيد الأركان وليست الشروط، وذلك بسبب أنها تدخل في ماهية الشيء، وليست خارجة عنه.

[1] عباس حسن مُحَمَّد، العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، ط1، د.ب.ن، 1993، ص.101.

[2] نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص.24.

[3] تناولتها المواد من 59 إلى غاية 98 من القانون المدني المذكور سابقا.

ب/ مظاهر خلط المشرع الجزائري بين الركن و الشرط في القانون العقاري:

لقد نصت المادة 324 مكرر1 من القانون المدني :" زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية...في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد...".

ومن خلال هذه المادة أدرج المشرع الجزائري ركنا آخر في مجال العقود التي يكون موضوعها عقاريا، أو تحوي حقا عينيا، كاستثناء عن ما قرره في القاعدة العامة للعقد والذي يتطلب لقيامه الأركان المعروفة سابقا، والتي سماها شروطا رغم أنها تدخل في ماهية تكوين العقد تحت مسمى "الشروط"، حيث أضاف ركنا آخر وهو " الشكلية". ولكن إن أمعنا النظر في عنصر الشكلية نجده تطبق عليه تسمية الشرط أكثر منه ركن، بخلاف عنصر الرضا، والمحل وكذا السبب والذين لا تنطبق عليهم تسميتهم بالشروط، و بالتالي فالشكلية في العقار تكون أقرب لكونها شرطا من كونها ركنا انطلاقا من مواصفاتها، لان المشرع الجزائري اشترط في التصرف الوارد على العقار مهما كان تصنيفه، وطبيعته تحت طائلة البطلان خضوعه للشكلية، وهذا ما يعرف بالشرط القانوني، أي أن القانون هو من وضع هذا الشرط، ويقابل ذلك الشرط الشرعي، والذي وضعه الشرع، وليس إرادة المتعاقدين، وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل من خلال المبحث الموالي.

ولقد أحسن المشرع الجزائري وصف الشكلية بالشرط في مجال العقار الوقفي وذلك يتضح جليا من خلال نص المادة 41 من قانون الأوقاف بقولها:" يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وان يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه لدى السلطة المكلفة بالأوقاف".

حيث أن هذه المادة جعلت من كتابة العقد المتعلق بالوقف لدى الموثق شرطا لازما، وليس ركنا لأن أركان عقد الوقف تختلف عن أركان العقد المعروفة، وإن كانت مستقاة من النظرية العامة للعقد وهي : الواقف، الموقوف، الموقوف عليه، وصيغة الوقف، والتي سنفصل فيها من خلال الباب الثاني

من الدراسة[1]. فإذا توفرت هذه الأخيرة أصبح العقد صحيحا، إلا أنه لا يصير نافذا إلا بعد استيفائه لشرط الكتابة لدى الموثق، كما هو مقرر المادة المذكورة أعلاه[2].

والجدير بالإشارة أن مسألة اعتبار توثيق عقد الوقف شرط أم ركن لا تزال محل خلاف في أوساط الفقه القانوني، والمنصوص عليها في المادة 41 من قانون الأوقاف والمذكورة سابقا، فالاتجاه الأول يعتبرها ركنا تطبق عليه أحكام قانون التوثيق[3]، والتي انتقلت أحكامها إلى المادة 324 مكرر1 من القانون المدني، وكذا المادة 16 من الأمر75-74 ، ففي رأيهم لا اجتهاد مع النص وأن نص المادة 41 من قانون الأوقاف تعتبر الشكلية ركن انعقاد[4].

في حين أن الاتجاه الثاني يرى أن ما جاء به المشرع في نص المادة 41 من القانون91-10 المتعلق بالأوقاف أن الشكلية ركن إثبات، وليس انعقاد، وإنّما اشترط المشرع هذا الإجراء لأجل سهولة الإثبات وضبط المعاملات في مجال الأوقاف، وذلك من أجل تسهيل إثبات وقفية الملك وبالتالي إثبات اشتراطات الواقف التي يجعلها في وقفه، لأجل بيان مصارف الوقف، وشؤون النظارة عليه، وكذا الاستحقاق فيه.

وهو في الحقيقة الرأي الغالب، بحيث أن توثيق الوقف وإخضاعه لقاعدة الرسمية المنصوص عليها في المادة 324 مكرر1 من القانون المدني، والمادة41 من قانون الأوقاف، يُقصد به أن الشكلية بغرض الإثبات لا ركنٌ للانعقاد[5].

---

[1] انظر، المادة 9 من قانون الأوقاف 10/91 وما يلها.

[2] تتمثل شروط نفاذ الوقف في : الرسمية، التسجيل، الإشهار، وللمزيد في هذا الصدد عد إلى، صورية زردوم، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009-2010، ص. 105 وما بعدها.

[3] الأمر 70-91 مؤرخ في 17 شوال 1390، الموافق لـ 15 ديسمبر 1970، المنظم للتوثيق الملغى بالقانون رقم 88-27 المؤرخ في جويلية 1988، المنظم من جديد لمهنة التوثيق، الملغى بموجب القانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006 المتضمن مهنة الموثق، ج.ر.ع. 14 لسنة 2006.

[4] خير الدين بن مشرنن، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون إدارة محلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أو بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011، ص.95.

[5] المرجع نفسه، ص.59-60.

ومن خلال إبراز أوجه التقارب ومظاهر الالتباس والخلط، بين الشرط والركن في القانون الجزائري من خلال الأسانيد القانونية المعروضة، يتضح أن تسمية "ركن إثبات" غير دقيقة فبإسقاط ما تقدم بخصوص المقصود بالشرط من حيث أنه خارج عن ماهية الشيء، عكس الركن الذي يعتبر من صميم ماهية الشيء، فإن المقصود بالشكلية هو أنها شرط وليست ركن، شرط ألزمه المشرع الجزائري على الواقف، ويندرج ضمن ما يعرف "بالشرط القانوني"، وذلك من أجل توفير الحماية للأوقاف عموما، وتسهيل عملية الإثبات.

ومنه، فإن تسمية الشكلية المنصوص عليها في المادة 41 من قانون الأوقاف، ركن للإثبات وليست للانعقاد هي تسمية صحيحة إلى حد ما، مقارنة مع اعتبارها ركنا للانعقاد، وتبقى التسمية الأصح بين كونها شرطا أو ركنا انطلاقا مما سبق هي "شرط للإثبات"[1].

ثانيا:تمييز الشرط عن السبب

وكما أن هناك فرق بين الركن والشرط، فهناك كذلك فرق بين الشرط والسبب، وتعتبر هي الأخرى من المسائل التي أخلط فيها المشرع الجزائري نظرا للتقارب بين السبب و الشرط، ومن أجل التفرقة بين المصطلحين يتوجب ذلك معرفة المقصود بالسبب.

1- تعريف السبب:

حيث يعرف السبب في اللغة على أنه:" هو الحبل الذي يتعلق به الإنسان ويتشبث به للارتقاء والانتقال، ولقد سمي منهج الطريق سببا تشبيها بالحبل الممتد، ومن ثم يطلق السبب أيضا على كل ما يُتوصل به إلى غيره، ويُفضي إليه"[2].

---

[1] وذلك تطبيقا للإجراء المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي 2000-336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروطه و كيفيات إصدارها وتسليمها. ج.ر.ع، 64 لسنة 2000.

[2] زكريا بن مُحَمَّد الأنصاري، المرجع السابق، ص.71، و علي بن مُحَمَّد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دط، دار الفضيلة مصر، د.س.ن ،ص.101.

أما في الاصطلاح فيعرف على أنه:" كل وصف ظاهر منضبط دلَّ الدليل السمعي على كونه معرّفاً"[1]، ويعرف كذلك على أنه:" كل حادث ربط به الشرع أمرا آخر وجودًا وعدماً، وهو خارج عن ماهيته"[2].

2- العلاقة بين الشرط والسبب:

تتجلى العلاقة بين الشرط و السبب من خلال تسليط الضوء على مظاهر التفرقة، والتشابه بين كليهما، نعرضها وفقا للآتي:

أ/ مظاهر التفرقة بين الشرط والسبب:

لقد فرق الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا بين الشرط و السبب كما يلي:" إن الشرط يفترق عن السبب من حيث أن الارتباط بين الشرط ومشروطه إنما هو في العدم، أما الارتباط بين السبب ومسببه فهو في الوجود وفي العدم، ولذلك كان من المقرر أن السبب متى وُجد وكان مستوفي الشرائط، منتفي الموانع، فلا بد أن ينتج الحكم المسبب عنه، بخلاف الشرط فإن وجوده لا يوجب وجود المشروط"[3].

وبهذا فيتضح أن الفرق الجوهري بين الشرط والسبب في الوجود والعدمية، فإن السبب مرتبط بالمسبب وجودًا وعدمًا، إلا إذا وُجد مانع لذلك، أما الشرط فيرتبط بالمشروط في العدم فقط.

ب/ مظاهر التشابه بين الشرط والسبب:

من مظاهر التشابه بين الشرط والسبب أن كليهما خارج ماهية الشيء بخلاف الركن كما تقدم سابقا، والذي يكون جزء من ماهية الشيء[4]، كما أن الشرط والسبب يشتبهان في حالة العدم، أي إن انعدام السبب هو انعدام للمسبب، وإذا انعدم الشرط انعدم المشروط[1].

---

[1] زكريا بن مُحَمَّد الأنصاري، نفس المرجع،ص.71.

[2] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام على الحقوق المدنية في البلاد السورية، المرجع السابق، ص. 205-206.

[3] المرجع نفسه،ص.208.

[4] مُحَمَّد عبد الله علي طلاحقة، التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية، أطروحة دكتوراه، تخصص فقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، جويلية 2004، ص.22.

المطلب الثاني

التصنيف العام للشروط

إن الكلام عن تصنيف الشروط هو موضوع واسع جداً، وذلك بالنظر إلى المعايير التي تنقسم على أساسها الشروط، ولقد تطرقت دراسات كثيرة إلى موضوع الشروط وعلاقتها بالعقود بجميع أنواعها بما فيها العقود التقليدية، والمعاصرة بمختلف تطبيقاتها. وذلك بالنظر لما للشروط من أهمية في تحديد مسار العقد، وتأثيرها عليه، والتي وضعت لها كل من الشريعة الإسلامية، والقانون الجزائري حدوداً.

ومن بين أهم تصنيفات الشروط التي تحدثت عنها أغلب المراجع المتاحة لدينا، واشتركت في معالجتها، وهي تصنيفها من حيث مصدرها، ووظيفتها في العقد، وكذا من حيث ارتباطها بالسبب والمسبب، وكذلك من حيث موضع الشرط في العقد[2].

وهناك من المراجع من تقسم الشروط إلى: شرط المحض، وشرط في حكم العلة، وشرط له حكم السبب، والشرط اسماً لا حكماً، وكذا الشرط بمعنى العلامة المخالفة[3].

ويقسم الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا الشروط إلى: شروط تقييد، وشروط تعليق، وشروط إضافة[4]، وهناك من يقسمها مباشرة إلى شروط جعلية، وأخرى شرعية[5].

وعليه، من خلال هذا المطلب سنتناول التقسيم الرائج والمتداول للشروط، والذي يقسمها إلى شروط شرعية (الفرع الأول) وشروط قانونية (الفرع الثاني) وشروط جعلية (الفرع الثالث).

---

[1] نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص.32.

[2] نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص. 35 وما بعدها.

[3] حافظ عمر رشيد، الشروط المقترنة بالعقود و تطبيقاتها في العقود المالية، رسالة ماجستير، تخصص القانون التجاري الإسلامي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية العالمية،باكستان، ص.18 وما بعدها، الموسوعة الفقهية،ج26، إصدارات وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الكويت، ص.8 وما بعدها.

[4] مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص.571.

[5] محمد عبد الله طلافحة، المرجع السابق، ص.19- 20.

الفرع الأول

الشروط الشرعية

يعرفها الأستاذ أحمد فراج حسين :" الشرط الشرعي ما وضعه الشارع، وألزما مراعاته وأوجب علينا احترامه، وإذا خالفه المتعاقدان فسد العقد، وحرم الانتفاع به"[1].

وقد تطرق له الأستاذ مُحَّد سلام مدكور بأنه:" هو ذلك الذي يفرضه الشارع، فلا بد منه لتحقق العقد، ولا يوجد شيء إلا به"[2].

ويعرف كذلك الشرط الشرعي على أنه:" هي تلك الشروط التي اشترطها الشارع في العبادات، والمعاملات، وإقامة الحدود وغيرها، ويعبر عنها في جانب العقود (بشروط العقد)"[3].

ويتضح من جملة التعاريف أن الشروط الشرعية هي تلك الشروط التي ألزمنا الله تبارك وتعالى وذلك لارتباطها بأحكام العبادات والمعاملات، فهي لا تتحقق إلا بها بالرغم من خروجها عن ماهيتها كما تقدمنا، فلا تدخل إرادة الإنسان في تغييرها والتخلي عنها أو أي شيء آخر،كما هو الحال بالنسبة للشروط الجعلية التي سيتم توضيحها لاحقا.

ومثال الشروط الشرعية، كاشتراط البلوغ للتكليف فحتى يكون المسلم مكلفا بتعاليم الدين يجب أن يكون بالغا[4]وعاقلا فالبلوغ والعقل هما شرطان للتكليف في الإسلام، فبتخلفهما يسقط التكليف، ومثال ذلك: الجنون، الصغر...

ومن الأمثلة الأخرى للشروط الشرعية في مجال العبادات[1] هي طهارة الخبث والحدث للصلاة فهنا الشرط خارج عن ماهية الصلاة، إلا أنه لا تصح الصلاة إلا به، فيشترط للصلاة الطهارة من الخبث والحدث[2].

---

[1] نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص.36.

[2] مُحَّد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، ط2، دار الكتاب الحديث، مصر، 1996، ص.526.

[3] حافظ عمر رشيد، المرجع السابق، ص.18.

[4] انظر في ذلك المرشد المعين على الضروري في علوم الدين، للعلامة الشيخ عبد الواحد ابن عاشر الفاسي المشهور بـ " متن ابن عاشر" . وكل تكليف بشرط العقل *** مع البلوغ بدم أو حمل.

ومن أمثلة الشروط الشرعية في جانب المعاملات فقد اشترط الشارع في عقد البيع لصحته إلى جانب أركان عقد البيع من رضا والمعقود عليه أن يكون العاقد غير محجور عليه[3] ولا مُكره[4].

الفرع الثاني

الشروط القانونية

والشروط القانونية تختلف كثيرا عن الشروط الشرعية، ذلك أن هذه الأخيرة من حيث مصدرها تستند على كونها من الشارع الحكيم، الشروط القانونية فهي من وضع الجهات المخول لها قانونا بوضع القوانين.

وبالتالي فإن الشرط الشرعي هو ما يُعرف في لغة القانون بالشرط القانون، و الذي يُلْزم بقوة القانون أطراف العقد احترامه، ومراعاته تحت طائلة بطلان التصرفات[5].

ومثال ذلك ما نصت عليه المدة 324 من القانون المدني من شروط محرر الرسمي بأن يكون محرراً من طرف موظف عام، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة[6]، فالعقد الذي لا يتم تحريره من طرف أحد الأشخاص مذكورين في نص المادة 324 لا يعتبر عقدا رسميا، وبالتالي يُبطل أي تصرف اشترط فيه القانون الرسمية ولم يُطبق، وذلك بسبب تخلف احد شروطها.

ومثال آخر فقد نصت المادة 138 من القانون المدني على أن :" كل من تولى حراس شيء وكانت له القدرة على التسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا على الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء...".

---

[1] الحبيب بن الطاهر، الفقه الإسلامي وأدلته، ج1، مؤسسة المعارف، لبنان، بيروت، د.س.ن، ص.144 ما بعدها.

[2] من المعلوم أن شروط الصلاة، هي شروط صحة، وشروط وجوب، فشروط الصحة ما يجعل الحكم صحيح، وشروط الوجوب بتوافرها توجب على المكلف القيام بالعبادة، للاستزادة عد إلى كتب الفقه الإسلامي.

[3] الحجر لغة يراد به المنع، مُحَمَّد الدين الفيروز أبادي، المرجع السابق، ص.371. أما في الاصطلاح الفقهي فيدل على عدم التصرف في المال، فيعرف على انه المنع من نفاذ العقود، والتصرفات القولية، عبد الوهاب خلاف، أحكام لأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم الكويت،1990، ص.214. أما في الاصطلاح القانوني فهو يعبر عن حالة الشخص الممنوع من الانتفاع بحقوقه ومباشرتها، ابتسام قرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، د.س.ن ص.161.

[4] الحبيب بن الطاهر، المرجع السابق، ص.10-11.

[5] نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص.37.

[6] انظر، المادة 324 من القانون المدني.

فهذه المادة قد اشترطت شرطان لقيام مسؤولية المدنية التقصيرية لحارس الشيء، وهما وجود شيء تحت الحراسة، وأن يُحدث ذلك الشيء ضرراً للغير[1].

أما عن الشروط القانونية في مجال الأوقاف فقد نصت المادة 10 من قانون الأوقاف91-10 على أنه:" يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا، ما يلي:

- أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكاً مطلقاً.
- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين".

حيث يتضح من خلال هذه المادة أن قانون الأوقاف قد اشترط شروطا، يقع باطلا الوقف إذا لم تحترم وهي ملكية الواقف للعين المراد وقفها.

وكذلك نص المادة 41 من قانون الأوقاف السالفة الذكر، والتي أوجبت على الواقف تحرير عقد لدى الموثق، والتي تم التفصيل فيها في الجزء الخاص بالتفرقة بين الركن والشرط، وقد اعتبرنا أن توثيق الوقف هو شرط لازم من أجل نفاذ عقد الوقف[2]، وينطبق على هذا الشرط وصف الشرط القانوني.

ومما تقدم فيما يتعلق بالشرط الشرعي، والقانوني نخلص إلى أن هذين الأخيرين لا تتدخل فيهما إرادة المتعاقدين، وإنما يلزمهما الشرع والقانون في التصرفات، ويلتزم بهما المتعاقد ويراعيهما في تصرفاته، لكن التساؤل المطروح هنا هل هناك مجال لتدخل إرادة المتعاقدين بالاشتراط في التصرفات؟

والإجابة هي نعم، حيث يوجد نوع آخر من الشروط على جانب الشروط الشرعية والقانونية وهو ما يعرف بالشروط الجعلية أو الإرادية، وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل في المطلب الموالي لتعلقه المباشر بموضوع الدراسة.

[1] نشير فيها هذا الصدد أن المسؤولية المتعلقة بالعقود تسمى المسؤولية العقدية، و إعطاء أمثلة عن المسؤولية التقصيرية هو من باب توضيح الشرط الذي يلزمه القانون لتحقق شيء معين.

[2] راجع في هذا الصدد، خالد رامول، الإطار القانوني و التنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، المرجع السابق، ص. 96 وما يليها.

الفرع الثالث

الشروط الجعلية

إضافة على ما تقدم بخصوص الشروط الشرعية، وكذا الشروط القانونية، هناك نوع آخر من الشروط، وهو الشروط الجعلية، أو ما يعرف بالشروط الإرادية، وذلك راجع لتدخل إرادة المتعاقد فيها.

وسُمي الشرط الجعلي بهذه التسمية، لأن جعله يكون من المتعاقدين – أطراف العقد- فهم يهدفون من ذلك على تحقيق مصالح متبادلة بينهما، بمعنى أنه الشرط الذي تتدخل فيه إرادة المتعاقد أي أن مصدره إرادي شخصي بعكس الشرط الشرعي والقانوني الذي هو موضوعي خارج عن إرادة المتعاقدين [1].

ولكن بالعودة إلى نصوص القانون المدني لا نجد تسمية " الشروط الجُعلية" والأمر نفسه بالنسبة للشروط الشرعية والقانونية، لكن نص المادة 106 من القانون المدني، والتي تنص على المبدأ القانوني المعروف " العقد شريعة المتعاقدين" والذي بدوره يدل دلالة صريحة على حرية الأطراف في الاشتراط في العقود و التي ينبثق عنها حرية التعاقد و المعبر عنها في لغة القانون بمبدأ " سلطان الإرادة".

وبعد تحري معالم النظيرة العامة للشرط، وتحديد أهم الأحكام التي تخدم البحث محل الدراسة سيتم التطرق في المبحث الموالي لمسألة الشروط المقترنة بالعقد، وعلاقتها بعقد الوقف من منظور القانون الجزائري، والفقه الإسلامي.

[1] نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص.39.

المبحث الثاني

مكانة الشرط المقترن بعقد الوقف في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

رغم أن نظرية الشرط من خلال سياق الدراسة تبدو من القواعد العامة التي تطبق على سائر العقود التي تحتمل وجود شروط، إلا أن فكرة الشرط المقترن بعقد الوقف لها أثر بالغ وعميق في تحديد أحكام الوقف، ورسم معالمه، لكونها تتعلق بإرادة الواقف الذي تُعهد له مهمة سرد الشروط التي تُنظم وقفه.

وكون أن صلاحية الاشتراط من نصيب الواقف، إلا أن الفقه الإسلامي والقانون الجزائري كان له نصيب أيضا في تنظيم أحكام، ومسائلها بغية جعلها في قلبها الموضوعي من الناحية الشرعية، والقانونية لتكون في نصابها السليم.

ولعل نقطة البداية تُستهل من الاعتراف الفقهي والقانوني بتلك الشروط من أجل وضع أحكام لها، ومن خلال هذا المبحث من الدراسة سيتم تقصي مواطن اعتراف القانون الجزائري والفقه الإسلامي بالشروط المقترنة بعقد الوقف، بداية من تحديد مفهوم الوقف، وبيان أنواعه (المطلب الأول)، ومن ثُم تحديد المقصود بالشروط المقترن بعقد الوقف في القانون الجزائري، والفقه الإسلامي على حد السواء (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الوقف وأنواعه

إن تمهيد لفكرة الشروط المقترنة بالوقف، يقتضي المرور على جوانب من ماهية الوقف وذلك من خلال تحديد مفهوم الوقف، باعتباره المحل الذي تطبق عليه اشتراطات الواقف (الفرع الأول) إضافة إلى أنواعه (الفرع الثاني) التي من شأنها أن تكون محورا في الأطوار اللاحقة للدراسة خاصة فيما يتعلق بركن الموقوف.

الفرع الأول

مفهوم الوقف

من خلال هذا الفرع سيتم التطرق إلى تعريف الوقف (أولا)، وتبيان خصائصه (ثانيا) التي ينفرد بها كنظام شرعي وقانوني، إضافة إلى كونه عقد من العقود التبرعية.

أولا:تعريف الوقف

قبل التطرق للمعنى الدقيق والخاص للشروط المقترنة بعقد الوقف، لابد من التعريج بشيء من الإيجاز على مفهوم الوقف، من خلال استعراض التعريف اللغوي(1) والاصطلاحي (2)، وذلك بغرض تكوين رؤية مفاهيمية عن نظام الوقف .

1- التعريف اللغوي للوقف

لقد تنوعت المصادر اللغوية في تعريفها للوقف نظرا للزخم الذي يختص به هذا اللفظ، ولعل أهمها يتضمن معنى الحبس والمنع. ونعرض أهمها:

فعند ابن منظور، فهو من الوقوف؛ خلاف الجلوس، ووقفت بمكان وَقْفَاً، وقوفا، فهو وَاقِفٌ وجمع وقف وقوف ويقال: وقفت الدابةُ تقف وقوفا، ووقفتها أنا وقفا، ووَقْفُ الدابة جعلها تقف[1].

أما عند الزبيدي، ووقف الأرض على المساكين، والصواب حبسها، لأن الدار مؤنثة اتفاقا وإن صح ذلك بتأويل بالمكان أو الموضع، أو المسكن[2].

أما عند الفيروز آبادي فالوقف يقف وقوفا، دام قائماً، ووقفته أنا وقفا فعلت به كما وقف كوقفه، وأوقفته، والدار حبسه كأوقفه، وهي رديئة[3]. وقال الرازي: ووَقَفَهُ على ذنبه أطلعه عليه ووقف الدار للمساكين[4].

2- التعريف الاصطلاحي للوقف

لقد تعدد تعريفات الوقف من الناحية الاصطلاحية بطريقة منقطعة النظير، وهذا وإن دلّ على شيء فإنه يدل على اهتمام الباحثين والمختصين في مجال الوقف بوضع قاعدة تعريفية بهذا النظام تتناسب وأهميته.

ومن خلال هذا الفرع نتناول تعريف الوقف من منظور الفقه الإسلامي (أ)، وكذا من الناحية القانونية (ب).

أ/ تعريف الفقه الإسلامي للوقف

نستعرض تعريف الفقه الإسلامي للوقف، من خلال ما ورد في أمهات كتب الفقه الإسلامي، إضافة إلى تعاريف للفقه الإسلامي الحديث في هذا الصدد، وفقا للآتي:

[1] ابن منظور، لسان العرب، مج 06، ج 54، دار المعارف، مصر، د.س.ن ص.4396.

[2] مُحَمَّد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، ج 24، مطبعة الحكمة الكويتية، الكويت،1965، ص.467.

[3] مجد الدين مُحَمَّد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة، لبنان ،2005،ص.860.

[4] زين الدين بن أبي بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط3، ، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان،2009، ص.628-629.

*** تعريف الوقف عند المذاهب الأربعة:**

عرفه السادة **المالكية** الوقف بأنه:" إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا[1]".

وعند السادة **الحنفية** فيعرف بأنه:" هو حبس العين على حكم ملك الواقف وعن التمليك والتصدق بالمنفعة"[2].

أما عند السادة **الشافعية** فيعرف" حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه بقطع التصرف فيه على أن يصرف في جهة خير مصرف مباح موجود "[3].

وعرفه السادة **الحنابلة أنه**" تحبيس مالك مطلق التصرف في ماله المنتفع به، مع بقاء عينه بقطع تصرفه وغيره في رقبته يصرف ريعه إلى جهة بر تقربا إلى الله تعالى"[4].

*** تعريف الفقه المعاصر للوقف:**

عرفه الأستاذ مُحَمَّد أبو زهرة على أنه"منع التصرف في رقبة العين التي يمكن الانتفاع بها عينا وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء وانتهاء"[5].

وعرفه الأستاذ زهدي يكن بأنه "حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد، والتصدق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر"[6].

---

[1] أبي عبد الله مُحَمَّد الأنصاري الرصاع، الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، القسم الأول، ط1، دار المغرب الإسلامي، لبنان، 1993،ص.539.

[2] حسام المعاني الثاني برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر، الإسعاف في أحكام الأوقاف، ط2، المطبعة الهندية، مصر 1902، ص.3.

[2] مُحَمَّد الحجار، فتح العلام بشرح مرشد الأنام، ج5، ط1، دار ابن حزم، لبنان، 1998، ص. 108.

[4] مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، غاية المنتهى، ج2، ط1، مؤسسة الفراس الكويت،2008، ص. 5.

[5] مُحَمَّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مطبعة علي محيمر،د.س.ن، ص.47.

[6] زهدي يكن، الوقف في الشريعة و القانون، دار النهضة العربية، لبنان،1388، ص.7.

ب/ التعريف القانوني للوقف:

لقد عرف القانون الجزائري الوقف في عدة مناسبات، وفي مجموعة من القوانين المختلفة نسردها على النحو الآتي:

*** تعريف الوقف في قانون الأسرة الجزائري:**

عرف قانون الأسرة الوقف من خلال المادة 213 منه ما نصها:" الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق".

وقد وافق هذا التعريف المبدأ السائد عند الفقه الإسلامي بخصوص الوقف، كما انتهج بذلك الرأي الفقهي القائل بخروج ملكية العين الموقوفة عن أي يد كانت، وذلك على وجه التأبيد، وبذلك ألغى ما يعرف "بالوقف المؤقت[1]".

*** تعريف الوقف في قانون التوجيه العقاري:**

لقد تناول قانون التوجيه العقاري الوقف باعتبار أن الوقف يمكن أن يكون عقاريا، أو ينصب على حقوق عينية، وذلك من خلال المواد 23، 31 و32، والجدير بالملاحظة أن هذا القانون لم ينظم أحكام الوقف، ولا المسائل المتعلقة به، وأحالها للتنظيم بموجب قوانين خاصة[2].

حيث عرف المادة 31 الأملاك الوقفية العقارية بأنها:" الأملاك الوقفية هي أملاك عقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما، تنتفع به جهة خيرية، أو جمعية ذات منفعة عامة، أو مسجد أو مدرسة قرآنية، سواء كان هذا التمتع فوريا، أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور"[3].

---

[1] وهذا النوع من الوقف أجازه الحنفية وحدهم دون جمهور الفقهاء، وهو الوقف الذي ينص فيه الواقف، أو يُلزم فيه القانون مدة معينة تنتهي بانتهائها، ويعود بعد ذلك الملك حرا للتداول و التملك، أحمد فراج حسين، مُحَمَّد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2000، ص.190.

[2] حيث جاء في نص المادة 32 من نفس القانون على أنه :" يخضع تكوين الأملاك الوقفية وتسييرها لقانون خاص".

[3] القانون 90-25 المؤرخ في جمادى الأولى 1411هـ،الموافق ل18نوفمبر1990، المتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر 95-26 المؤرخ في 26 سبتمبر1995م،ج.ر.ع.55 لسنة1990 .

وركز هذا التعريف على تحديد شكل التصرف كون أن الوقف تصرف بالإرادة المنفردة، كما حدد الطبيعة والغرض من الوقف وهو الانتفاع به، وأشار إلى صور الوقف وأنواعه فإما أن يكون وقفا عاما لصالح جهات الخير، أو جهات ذات منفعة عامة، أو كونه وقفا خاصا.

*** تعريف الوقف في قانون الأوقاف:**

عرفته المادة الثالثة من قانون الأوقاف بأنه:" الوقف هو حبس العين عن التملك، على وجه التأبيد، والتصدق بالمنفعة على الفقراء على وجه من وجوه البر والخير". وقد استند هذا التعريف على المبدأ الذي يقوم عليه الوقف وهو :" حبس العين و تسبيل الثمر".

ثانيا : خصائص الوقف:

يختص الوقف بجملة من المقومات، تجعله نظام شرعياً وقانونياً فريد من نوعه، على خلاف الأنظمة والعقود الأخرى، وهذه الخصائص قد تتعلق بكونه تصرف (1)، أو بكونه عقد يحمل عدة صوره في آن واحد(2)، إضافة إلى كون يتمتع بالشخصية المعنوية وما ترتبه من آثار(3) إلى جانب الحماية القانونية المرصودة له في القانون الجزائري (4).

1- خصائص الوقف باعتباره تصرف قانوني:

يعتبر الوقف من التصرفات التي تبناها القانون الجزائري من الشريعة الإسلامية وأضفى عليها صِبغة القانونية من خلال قوانين عديدة، أهمها قانون الأوقاف، وفيما يلي سنسلط الضوء على أهم خاصيتين على الشكل التالي:

أ/ الوقف تصرف بالإرادة المنفردة:

ينشأ الوقف انطلاقا من إرادة الواقف الحرة والمستقلة التي تتجه إلى حبس مال على وجه من وجوه البر تقربا من الله عز وجل، وبالتالي نجد أن إرادة الواقف هي محور قيام الوقف، فهل يمكن القول أن إرادة الواقف المنفردة هي من تنشئ الوقف؟

بالرجوع إلى المادة 4 من قانون الأوقاف نجدها عبرت عن ذلك بقولها :" الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة..." من خلال استقراء المادة يتضح وجود مصطلحين مختلفين كلاهما ينشئ التزاما " العقد" و " الإرادة المنفردة"، فهل الوقف ينشأ بكليهما معا؟

كما هو معلوم أنه يُقصد بالعقد:" توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء أكان هذا الأمر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه"[1]، وكما هو معلوم عند فقهاء القانون أن العقد يحمل معنيين أحدهما عام، والآخر خاص والذي سبق الإشارة عليه أعلاه، أما المعنى العام فيتحقق بأن ينعقد دون الحاجة إلى إيجاب وقبول بالمعنى الخاص، حيث تطلق كلمة عقد على تصرف سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين، فيقال إن كل ما عقد الشخص العزم عليه فهو عقد مثل الطلاق، والإبراء والهبة وغيرها...[2]، و إذا تصورنا أن الوقف هو عبارة عن عقد ينشئ بإيجاب الواقف، فهل يشترط القبول؟

بالعودة إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد إجماعا في كون أن التصرفات التي تنشئ بالإرادة المنفردة يكفي لتحققها وجود إيجاب، وفي هذه الحالة -إيجاب الواقف- وبالتالي فإن القبول ليس ركنا، فركن الصيغة بتعلق بما يصدر عن الواقف من تصرفات تدل على معنى الحبس صراحة أو ضمنا[3].

فالوقف إذن يقع بإيجاب الواقف فغن كان على معين وجب القبول لتُستحق الغلة، وإلا اِتجه مباشرة إلى الفقراء، وإن كان شرط الواقف لم يحدد الجهة فصح الوقف وكان على أساس الإرادة المنفردة المحضة، فالقبول أكثر ما يتعلق بمسألة الاستحقاق لا بمسألة الإنشاء[4].

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن، ص. 143.

[2] محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دط، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص.173- 174.

[3] محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا و الأوقاف، ط4، الدار الجامعية، لبنان،1982، ص. 324.

[4] محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 216-217.

وبالرجوع إلى قانون الأوقاف الجزائري 10/91 فهناك مواد قانونية متفرقة تحمل دلالات مختلفة،خاصة إذا تم ربطها مع نص المادة 4 التي كيفت الوقف على أنه "...عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة...".

فأولها المادة13 في فقرتها الثانية والتي جاء فيها :" ...فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوب قبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية" ومن الناحية العملية يمكن أن يشكل قبول الشخص المعنوي إشكال إذا كان على غير معين كأن يقول الواقف "حبست مالي على الفقراء" دون تحديد أو حصر، فكيف يمكن أن يتحقق القبول هنا؟ وعلى النقيض من ذلك يمكن أن يكون قبول الشخص المعنوي أسهل بكثير باعتبار أن له ممثل قانوني ينوب عنه، فالمادة 13 لم تفرق بين الوقف على معين وعلى غير المعين من حيث اشتراط القبول فنص جاء عاما دون تفصيل.

لتأتي المادة 7 التي جاءت بحل في حال عدم تحقق القبول في الوقف الخاص دون تفصيل فيما إذا كان على معين أو غير معين حيث جاء فيها:" يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم" ذلك أن القبول في الوقف الخاص محل اعتبار لأنه يتعلق بالمقربين بالواقف، على عكس الوقف العام لا يشترط فيه القبول أصلا[1].

ونظرا للإشكالات التي يمكن أن تطرحها المادتين السابقتين نجد أن قانون الأوقاف حسم الأمر نهائيا من خلال المادة 46 بقولها:" السلطة المكلفة بالأوقاف هي الجهة المؤهلة لقبول الأوقاف...".

[1] اتفق الفقهاء على انه إذا كان الوقف على غير معين مهما كان وصفه كالوقف على الفقراء فيكون صحيحا ولا يشترط قبول الموقوف عليه لتعذر ذلك، أما إذا كان على معين وكان الوقف موجها لفئة معينة بذات فإن القبول هنا محل اعتبار، وشرط لنفاذ الوقف، زهدي يكن، أحكام الوقف، ط1، منشورات المكتبة العصرية، لبنان، ص.75-76.

وانطلاقا من كل ما سبق، يمكن القول أن الوقف يحتمل العديد من الإطلاقات[1] أهمها المعنى العام للعقد وهو المغزى من المادة 4، وعليه فالوقف هو تصرف قانوني يترتب عليه التزام بالإرادة المنفردة [2] مع مراعاة مسألة القبول في الوقف على الشخص الطبيعي، وكذا الوقف الخاص.

فالوقف إذن يقع بإيجاب الواقف'فغن كان على معين وجب القبول لتُستحق الغلة، وإلا اِتجه مباشرة إلى الفقراء، وإن كان شرط الواقف لم يحدد الجهة فصح الوقف وكان على أساس الإرادة المنفردة المحضة، فالقبول أكثر ما يتعلق بمسألة الاستحقاق لا بمسألة الإنشاء[3].

ب/ الوقف تصرف لازم لصاحبه:

إن أول ما يثير الاهتمام في الوقف كتصرف هو فكرة الزاميته والتي قد لا نجدها في أنظمة أخرى، و بمعنى أدق لزوم الوقف، وبعبارة أخرى هل الوقف ملزم؟

نظرا لكون الوقف تصرف مؤسس على الإرادة المنفردة، وهذه الأخيرة من شأنها أن تنشأ التزاما دون الحاجة إلى طرف آخر، خاصة وأن العقود التبرعية تقوم على فكرة الإرادة المنفردة،وقضية لزوم الوقف، ونفاذه مطلقا، وبصفة نهائية، قضية كانت محل جدل بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فمنهم من يُقر بلزوم الوقف، ومنهم من لم يقر بذلك حيث يعتبرون الوقف بمثابة عارية[4]، فهي جائزة غير لازمة، فالمنفعة موجهة للموقوف عليهم، مع بقاء ملكية العين الموقوفة في ذمة الواقف[5].

---

[1] فالبعض من الفقه يكيفه على أساس أنه عقد ملزم لجانب واحد طبقا لمقتضيات المادة 56 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها :" يكون العقد ملوما لشخص، أو لعدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص، أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين".

[2] خير الدين بن مشرنن، المرجع السابق، ص. 17-18.

[3] مُحَمَّد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 216-217.

[4] العارية (الإعارة) : هي تمليك المنفعة بلا عوض، وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص. 177، وقد نص القانون الجزائري على العارية في القانون المدني من خلال المادة 538 وما يليها، حيث عرفها على أنها :" عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ، ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال".

[5] وعلى رأسهم الإمام أبو حنيفة حيث لا يزول ملك الواقف عن العين الموقوفة إلا إذا :

- حكم القاضي بلزومه؛

وقد كان موقف المشرع الجزائري صريحا بخوص لزوم الوقف، ويتضح ذلك من خلال نص المادة 16 التي تعتبر المرجع و الأساس القانوني في قضية اشتراطات الواقف حيث جاء فيها :" يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم..." .

ويظهر من خلال منطوق المادة أن المشرع الجزائري من حلال قانون الأوقاف يدرك جيدا أهمية تكريس اللزوم في الوقف، لأنها تجسد مصير الوقف وما يترتب عليه، لذلك جعلها بمثابة المقتضى الذي تقوم عليه أحكام الوقف كلها، فمتى قام الوقف صحيح الأركان، مكتمل الشروط لزم في مواجهة الكل بما فيهم الواقف، وسيتم التفصيل أكثر فيما يخص اللزوم في الوقف، وعلاقته بلزوم اشتراطات الواقف في الأطوار اللاحقة للدراسة.

2-خصائص الوقف باعتباره عقد:

نظرا للتكوين الخاص والفريد الذي يتمتع به الوقف، فإن ذلك يترتب عليه العديد من الإسقاطات، والكثير من التكييّفات الشرعية والقانونية، فالوقف يتعدى كونه تصرف بالإرادة المنفردة، أو إطلاقا من إطلاقات العامة للعقد، ونفصل في خصائص الوقف باعتباره عقدا على النحو الآتي:

أ/ الوقف عقد تبرعي:

إن الغاية الكبرى من الوقف هي التقرب من الله تعالى وكسب مرضاته، ولذلك نجد السمة الغالبة على الوقف كنظام، ومن خلال تعاريف الفقه الإسلامي والقانوني له هي الطابع التبرعي المحض، فالوقف لا يرُاد منه تحصيل الربح، أو تقاضي العوض، أو أي التزام مهما كان نوعه أو شكله.

- أن يخرج الوقف مخرج الوصية، فيلزم الوقف إذا خرج من الثلث، زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق،ص. 09، مُحَّد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص. 48 وما يليها.

- أن يكون الوقف مسجدا أو نحوه فيزول ملك الواقف عن العين الموقوفة و ينتقل إلى ملك الله تعالى ، حيث ينقطع حق الواقف بإقامة الشعائر الدينية فيه، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج6، دط، دار عالم الكتب السعودية، 2003، ص.2044.

ولقد كرس القانون الجزائري في العديد من القوانين فكرة التبرعية في الوقف، فنجد أن قانون الأسرة قد اعتبر الوقف من عقود التبرعات حين أدرجه في الكتاب الرابع المعنون بـ:" التبرعات" إلى جانب الوصية والهبة من خلال المادة 213 وما يليها.

وكذلك فعل في قانون الأوقاف 10/91 حين نص في المادة الرابعة السابقة الذكر والتي جاءت فيها عبارة:" الوقف عقد التزام تبرع...".

ونظرا للطبيعة التبرعية لعقد الوقف فنجد أن قانون الأوقاف أعفى عقود الوقف العام من رسوم التسجيل، وذلك تشجيعا للوقف العام، حيث جاء في نص المادة 44 منه :" تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل و الضرائب والرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال البر والخير" والمستخلص من هذه المادة أن الوقف الخاص لا يشمله الإعفاء، كما أن الإعفاء لا يمتد إلى رسوم التوثيق[1].

ب/ الوقف عقد شكلي :

إن الحديث عن الشكلية في الوقف يثير مسألة أخرى مهمة جدا وهي، هل يعتبر الوقف من قبيل الحقوق العينية؟

يُجمع الفقه القانوني على أن الوقف من الحقوق العينية[2]، على أساس أنه يرد على حق الملكية[3]، إلا أن الوقف كحق عيني يمتاز بخاصية تجعله مسقطا لملكية[4] العين الموقوفة عن ذمة الواقف و الموقوف عليهم كما أسلفنا الذكر.

فمحل الخلاف يثور حول طبيعة الحق المترتب عن الوقف إذا كان من باب حق الانتفاع،أو كونه من الحقوق الشخصية[1].

---

[1] خالد رامول، الإطار القانوني و التنظيمي للأملاك الوقفية في الجزائر، ط1، دار هومه، الجزائر، ص. 54.

[2] عرف الفقيه عبد الرزاق السنهوري الحق العيني بأنه:" سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين، وبموجبها يستطيع الشخص أن يستخلص لنفسه شيئا من الفوائد الاقتصادية"، المرجع السابق، ج9،مج1، ص. 182.

[3] خالد رامول، الإطار القانوني و التنظيمي للأملاك الوقفية في الجزائر، المرجع السابق، ص .50

[4] صورية زردوم، المرجع السابق، ص. 12.

فالقائلون بأن الحق المترتب عن الوقف من فئة الحقوق الشخصية يستندون على فكرة أن الوقف يُرتب حق بالانتفاع بالعين الموقوفة، وليس الملكية عليها، وبالتالي فإن الحق هنا شخصي لا عيني[2].

ويقول الاتجاه الآخر وهو الغالب أن الحق المترتب عن الوقف هو حق الانتفاع، نظرا لكون الوقف حق عيني ذو طبيعة خاصة يترتب عليه حق الانتفاع وتظهر الخصوصية في كون أن الانتفاع لا ينتقل إلى ورثة الموقوف عليه في حال وفاته، إلا وإذا اشترط الواقف ذلك[3].

ومن خلال تحري في المواد التي تناولت هذه القضية في قانون الأوقاف يظهر أن المشرع الجزائري حسم الأمر في المادة 18 منه بقوله:" ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه وعليه استغلالها استغلالا غير متلف للعين وحقه في العين حق انتفاع لا حق ملكية" فالقانون ركز على قضية أن الحق المترتب عن الوقف هو حق انتفاع لاحق ملكية، لكن في ذات الوقت سمح رهن غلة الوقف دون أصل العين، وفي ذلك بوادر للحق الشخصي حيث نصت المادة 21 :" يجوز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائنين في المنفعة فقط أو في الثمن الذي يعود إليه".

وتظهر أهمية التطرق إلى عينية الوقف لتعزيز فكرة الشكلية التي يتطلبها الوقف إذا كان على عقار، والمراد بالشكلية إفراغ التصرف في شكل معين يتطلبه القانون، ولكون الوقف كثيرا ما

[1] يعرف الحق الشخصي بأنه:" رابطة قانونية ما بين شخص الدائن، والمدين، تخول الدائن بموجبها بمطالبة المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمله"، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج9، مج 1، ص.182.

[2] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص. 28.

[3] خير الدين بن مشرنن، المرجع السابق، ص.18.

يكون على عين عقارية فيشترط إفراغه في شكل رسمي[1]، والشكلية تقتضي الكتابة التي تعتبر الأصل في إثبات التصرفات من الناحية القانونية[2] والشرعية[3].

وقد مرت الشكلية في الوقف في عهد الجزائر المستقلة بمرحلتين الفاصل بينها قانون التوثيق لسنة 1970م[4]، نوضح ذلك على النحو التالي :

– الشكلية في الوقف قبل صدور قانون التوثيق(الأمر 70–91)

حيث سادت في تلك الفترة ما يعرف بالعقود العرفية[1]، فكانت العقود العرفية المحررة والثابتة التاريخ قبل صدور قانون التوثيق لسنة1970 صحيحة، وناقلة للحقوق العقارية فيما يتعلق بنوع الملك، والأمر ينطبق كذلك على الحقوق العينية الاصلية كحق الانتفاع[2].

[1] يقصد بالرسمية وعي مصطلح ضيق وخاص مقارنة مع مصطلح الشكلية :" إفراغ تصرف قانوني في شكل معين من طرف أشخاص مختصين أقر لهم القانون هذه الصفة"، خالد رامول، آسيا دوة، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، ط1، دار هومه الجزائر، 2011، ص.33.

[2] جسدت المادة 323 مكرر من القانون المدني المقصود بالكتابة على أنه:" ...تسلسل حروف وأوصاف أو أرقام أو أي علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرف إرسالها"، كما عززت ذلك المادة 324 من نفس القانون فكرة الشكلية في قالبها الرسمي بقولها:" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، أو ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

[3] اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الكتابة وسيلة لتوثيق الحقوق ليُرجع إليها وقت الحاجة، عيسى بن بوراس مُحَمَّد، توثيق الوقف العقاري، ط1، جمعية التراث، الجزائر، 2012، ص.223، وتتضح مشروعية الكتابة من قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾، وقد كان وقف سيدنا عمر ﷺ أول وقف وُثق بالكتابة بإجماع أهل العلم والفقه، حيث وقع وقفه ابتداء باللفظ حيث جاء في الحديث المعروف قال: "أَصَابَ عُمَرُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ يَسْتَأْمِرُهُ فِيهَا فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ: "إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ لَمْ أُصِبْ مَالًا قَطُّ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ فَمَا تَأْمُرُ بِهِ" قَالَ: ﴿إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا﴾. قال: قَالَ فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ أَنَّهُ لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا وَلَا يُبْتَاعُ وَلَا يُورَثُ وَلَا يُوهَبُ قَالَ فَتَصَدَّقَ عُمَرُ فِي الْفُقَرَاءِ وَفِي الْقُرْبَى وَفِي الرِّقَابِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَالضَّيْفِ لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ"، أبي عبد الله مُحَمَّد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ص.686، وبعد ذلك ثبت سيدنا عمر رضي الله عنه وقفه في آخر حياته، بالكتابة التي كانت متراخية عن القول، عبد الرحمان بن معلا اللويحق، الشخصية الحكمية للوقف، بحث مقدم دون ذكر بيانات، ص.32.

[4] الأمر 70–91 المشار إليه سابقا.

وعليه، فكل المحررات الوقفية التي كانت تصدر قبل قانون التوثيق، كانت محررات عرفية شأنها شأن جميع المحررات الواردة على الملكية العقارية دون اشتراط الرسمية، وهو ما كان سائدا في جميع المعاملات بصفة عامة، وبالتالي فعقود الوقف العرفية كانت تحوز حجية مطلقة لإثبات الملك الوقفي مادامت ثابتة التاريخ، كما كان ممكنا الاحتجاج بها أمام القضاء حتى بعد صدور قانون التوثيق حيث لا يمكن الطعن فيها بحجة أنها غير مشهرة أو موثقة، وهو ما استقر عليه قرار المحكمة العليا، والذي جاء في مبدئه:" العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق (الأمر70-91) الثابتة التاريخ وغير المشهرة صحيحة ومنتجة آثارها"[3].

– الشكلية في الوقف بعد صدور القانون التوثيق (الأمر 70–91)

حيث كانت تنص المادة 12 منه على ضرورة إفراغ التصرفات الواقعة على عقار الشكل الرسمي حيث جاء فيها:" زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي فإن العقود التي تتضمن نقل عقار أو حقوق عقارية..."، وهكذا فكانت جميع الحقوق العينية خاصة العقارية منها خاضعة لقاعدة الرسمية.

أما عن مصير العقود العرفية المحررة بعد صدور قانون التوثيق لسنة1970، فإنه لا يترتب عليها أي أثر ولا تكون ناقلة للحقوق العينية العقارية، ترتب حقوق شخصية لأطرافها، ويجوز لكل ذي مصلحة إبطالها، كما يجوز للقاضي إثارة ذلك تلقائيا[4].

وبناء على ما سبق، فإن الوقف كسائر الحقوق العينية فقد شدد القانون على أهمية إفراغه في قالب شكلي رسمي في كثير من القوانين أهمها قانون الأوقاف وقانون الأسرة.

---

[1] يعرف العقد العرفي بأنه: ذلك المحرر الذي يقوم بإعداده الأطراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب من أجل إثبات تصرف قانوني ويتم توقيعها من قبل المتعاقدين وحدهم أو الشهود إن وجدوا من دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي مختص عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، ط9، دار هومه، الجزائر، 2013، ص.15.

[2] عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2003 ص.85.

[3] المحكمة العليا، الغرفة العقارية، 2006/4/12، ملف رقم 348178، م.م.ع، 2006، ع1، ص.435.

[4] عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص.86.

حيث أحالت المادة 217 من قانون الأسرة إلى المادة 191 والتي نصت على كيفية إثبات الوصية حيث نصت على:" تثبت الوصية: بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك..." ويتضح من ذلك أن الوقف يُفرغ في شكل عقد توثيقي أمام الموثق بتصريح من الواقف أو السلطة المخولة بذلك.

وجاءت المادة 41 من قانون الأوقاف لتؤكد على ذلك من جديد، رغم أنها لم تستثني الوقف المنقول فمن خلال الفحص الدقيق للمادة فكقاعدة عامة يكون خاضعا للتسجيل الوقف سواء في شكله المنقول أو العقاري أمام متفشيات التسجيل المختصة إقليميا، ولا تعفى من الرسوم كما ذُكر سابقا إلى الأوقاف العامة[1]، حيث نصت على :"يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة من للسلطة المكلفة بالأوقاف "، فبعد أن يتم تحريره في شكل عقد رسمي توثيقي فيتم تسجيله لدى الموظف العمومي المكلف بالتسجيل حسب الأوضاع القانونية المحددة[2]، وهو ما نصت عليه المادة 58 من قانون التسجيل[3] التي جاء فيها:" يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداءاً من تاريخها..."، إضافة إلى شهره لدى المحافظة العقارية[4]، وإرسال نسخة من العقد إلى السلطة الوصية على الأوقاف والمتمثلة في مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، ولعل مقصود المادة 41 من قانون

[1] خالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي للأملاك الوقف في الجزائر، المرجع السابق، ص.97.

[2] خالد رامول، آسيا دوة، المرجع السابق، ص. 18.

[3] الأمر 76-105 المؤرخ في9 ديسمبر 1976، ج.ر.ع، 81 لسنة 1977.

[4] ونظرا لكون الوقف من الحقوق العينية، فلا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير إلا عن طريق إشهاره لدى المحافظة العقارية التي تمثل المصلحة العمومية، والتي تكون وظيفتها الأصلية حفظ العقود ومختلف المحررات الخاضعة للشهر والمتضمنة نقل أو إنشاء أو تعديل حق من حقوق الملكية، والحقوق العينية الأخرى سواء كانت أصلية أو تبعية، وذلك بعد شهرها وقيدها في مجموع البطاقات العقارية، خالد رامول، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب،الجزائر،2001، ص. 77.

الأوقاف بمصطلح " التسجيل" هو الشهر، خاصة وأن عدم تسجيل الوقف المتعلق بالعقار يكون محلا لرفض الإيداع القانوني من طرف المحافظ العقاري[1].

وعناية منها في موضوع توثيق الوقف وإخضاعه للشكل الرسمي فإن أوجدت سبل أخرى لذلك خاصة في غياب الوضع الطبيعي الذي يقضي بتصريح الواقف بتصرفه أمام الموثق، خاصة وان أغلب الأملاك الوقفية غير موثقة ومسجلة فقد أوجدت آليات أخرى أهمها وثيقة الإشهاد المكتوب والتي استحدثت بموجب المرسوم التنفيذي 2000-336[2]، وهي عبارة عن: شهادة مكتوبة يدلي بها شاهد عدل، وقد اشترط المشرع وجوب كتابة الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، والتي حددت شروط تدوينها التعليمة الوزارية المشتركة[3]، وقد حدد القرار الوزاري المؤرخ في 26 ماي 2001 محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي من خلال المادة الثالثة منه[4].

وتتضح الأهمية الجوهرية لموضوع الشكلية في الوقف، أو بمعنى أدق الرسمية والتي تجسد صور من صور الحماية القانونية للأملاك الوقفية، وترسخ اشتراطات الواقف وتحميها من الضياع والزوال أو حتى التأويل، مادامت ثابتة بالكتابة وخاضعة للأشكال المقررة قانونيا.

3- خصائص الوقف باعتباره شخص معنوي:

لقد خاضت فكرة الشخصية المعنوية مخاضا عسيرا قبل أن تنال الاعتراف القانوني بها حيث كان الشخص الطبيعي وحده من يتمتع بالشخصية القانونية في نظر القانون[5]، ولعل نفس الصراع

---

[1] خالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، المرجع السابق، ص.97، وعد للمرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم، المؤرخ في24 ربيع الأول 1396، الموافق لـ25 مارس 1976، ج.ر.ع، 30.

[2]المرسوم التنفيذي 2000-336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروطه وكيفيات إصدارها وتسليمها. ج.ر.ع، 64 لسنة 2000.

[3] عد إلى التعليمة الوزارية المشتركة رقم09 المؤرخة في 16 سبتمبر 2002من المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، وكذلك المذكرة الوزارية رقم188 المؤرخة في 11 جوان 2002 والمتعلقة بالسجل الخاص بالملك الوقفي-وثيقة الإشهاد المكتوب-الشهادة الرسمية-

[4] القرار الوزاري، ج،ر، ع،31 لسنة2001.

[5] قد أنكر الكثير من الفقهاء القانونيين فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية، وحجتهم في ذلك أنها فكرة افتراضية محضة ولا أساس لها في الواقع، فالقانون هو من يكون الشخص المعنوي وهو من ينهيه فلا إرادة له على عكس الشخص الطبيعي الذي تعتبر

خاضه الوقف قبل أن يعترف له الفقه الإسلامي والقانون عموما، والقانون الجزائري خصوصا بالشخصية القانونية.

فالفقه الإسلامي عرف العديد من المؤسسات الدينية التي كانت تحظى بجميع مقومات الشخصية الاعتبارية المعروفة حاليا، إلا أن هذا الاصطلاح لم يكن موجود رغم تطبيقاته الظاهرة في الحياة العملية.

فقد كانت المؤسسات الدينية تتمتع باستقلالية تامة في تسييرها نذكر من أهمها بيت المال الذي أنشأ لأول مرة في عهد عمر بن الخطاب ﷺ نظرا لكثرة ا الفتوحات الإسلامية التي كانت تدر الأموال والموارد المادية الكثيرة، فقسمت هذه الموارد وغيرها إلى موارد مختلفة نذكر منها: الفيء، الزكاة، الخراج، الضرائب،...وهكذا فقد كان بيت المال يتمتع بحقوق وواجبات، كما كان له الحق في المخاصمة وهو ما يعكس وجود مظاهر قوية للشخصية الاعتبارية[1].

ورغم كل الجدالات الفقهية استطاع الوقف أن يفرض كيانه، ويحوز على الاعتراف بالشخصية المعنوية له في الفقه الإسلامي، والقانوني فالضرورات التي فرضتها النظم القانونية للدول وكذا مقتضيات الحال ساهمت في ذلك، حماية للأملاك الوقفية من الضياع والتعدي، وضمانا لدورها الفعال في المجتمع، واستقلاليتها عن أي هيئة في آن واحد، وهكذا فقد اعتبر الوقف شخص معنوي ذو طبيعة خاصة، فلا هو من الأشخاص المعنوية العامة، ولا هو من الأشخاص المعنوية الخاصة، وإنما هو

واقعة كميلاده بداية شخصيته القانونية، مُحَمَّد سعيد رمضان البوطي، الشخصية الاعتبارية وأهليتها وحكم تلق الزكاة بها بحث دون ذكر أي بيانات، وفي المقابل كان المدافعون عن الشخصية القانونية للشخص الاعتباري من خلال ابتكار العديد من النظريات التي تعزز أهلية الشخص الاعتباري في أن يكون شخصا من الأشخاص القانونية، وأهم تلك النظريات نظرية المجاز، إلا أن النظرية المستقر عليها هي نظرية الشخصية الحقيقة والتي تقضي باعتبار الشخص المعنوي شخص حقيقي وموجود متى توافرت مجموعة من الأشخاص و الأموال لديهم إرادة مشتركة لتحقيق هدف معين، علاء الدين عشي، الشخصية القانونية للوقف في التشريع الجزائري، مجلة الفقه والقانون، ع1، لسنة 2012، المغرب، ص.3-4.

[1] خالد بن عبد العزيز بن إبراهيم الجريد، الشخصية الاعتبارية، مجلة العدل، ع29، محرم1427هـ، ص.81 وما يلها.

شخص معنوي ذو طبيعة خاصة هدفه تحقيق منفعة(عامة أو خاص على حسب تصنيف الوقف إذا كان وفقا عاما أو خاصا)[1].

وموقف المشرع الجزائري كان واضحا وصريحا في الكثير من المواطن أولها المادة 49 من القانون المدني، والتي اعتبرت الوقف من الأشخاص المعنوية بقولها:" الأشخاص الاعتبارية هي:...الوقف..."، لتؤكد المادة 50 بعد ذلك على أهم المقومات التي يتمتع بها الوقف باعتباره من الأشخاص القانونية الاعتبارية حيث جاء في نص المادة:" يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون.

يكون لها خصوصا:

-ذمة مالية،

-أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشاءها أو التي يقررها القانون،

-موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها،

-الشركات التي يكون مقرها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر،

-نائب يعبر عن إرادتها،

-حق التقاضي".

ويتضح من خلال المادة أن الوقف كسائر الأشخاص الاعتبارية يتمتع بكل مقومات الشخصية القانونية بداية من الأهلية القانونية والتي تحددها إرادة الواقف من خلال حبسه للمال الموقوف، حيث تلعب اشتراطات الواقف دور كبير في تكوين أهلية الوقف فهي تحدد الهدف منه

[1] عطية عبد الحليم صقر، الوقف ودوره في تمويل المرافق العامة الخدمية، عند عجز الموازنة العامة للمملكة العربية السعودية، المؤتمر الثالث للأوقاف،2009، الجامعة الإسلامية، بالمملكة العربية السعودية، ص.485-486.

ودوره[1]، والأحكام التي بموجبها يؤدي وظيفته، وما يترتب عنها فتكون أهلية الوقف في حدود الغرض المرصود له (كأن يكون وفقا زراعيا، أو تعليميا أو صحيا...)، فالعقد المؤسس للوقف يمثل معالم أهلية الوقف والغاية من إنشائه، إضافة إلى الأحكام التي تنظم الوقف وتضبطه والتي يكون مصدرها القانون والفقه الإسلامي، وكذلك يتمتع الوقف بالذمة المالية التي تضمن له الاستقلالية المالية والإدارية إلى حدا ما باعتباره تحت وصاية وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، والتي تمثل الموطن القانوني للأملاك الوقفية في الجزائر[2]، إضافة إلى نائب يعبر عن إرادته والمتمثل في الناظر والذي سيتم التفصيل فيه لاحقا، كما ضمن القانون حق التقاضي للوقف وهو ما يجسد الحماية القضائية له، والحق في اللجوء إلى القضاء[3]، وقد أكدت على ذلك المادة 5من قانون الأوقاف، والتي جسدت استقلالية الوقف، وعدم تبعيته لأي شخص من الأشخاص القانونية المنصوص عليهم في المادة 49 من القانون المدني حيث جاء فيها:" الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها" وفي ذلك إشارة أخرى الاستقلالية الوقف وتأكيد على طابعه المؤسسي خاصة ما كان عاما منه، التي تضمن لا محالة تنفيذ اشتراطات الواقف واحترامها والتقيد بها رغم وصاية الدولة على الوقف.

4- خصائص الوقف باعتباره يتمتع بالحماية القانونية:

لقد حضي الوقف في ظل القانون الجزائري بحماية قانونية واسعة،شملت العديد من القوانين من أسمى قانون فيها إلى تلك التي تتعلق بتنظيمه[4]، فنظرا للأبعاد الدينية، والاجتماعية، والثقافية

[1] كريمة جيدل، الشخصية المعنوية للوقف، أطروحة دكتوراه، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2012-2013، ص169.

[2] خير الدين بن مشرنن، المرجع السابق، ص. 25.

[3] للاستزادة فيما يخص مقومات الشخصية القانونية الاعتبارية للوقف، عد إلى موسى سالمي، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1،كلية الحقوق،2015-2016، ص. 110 وما يليها.

[4] فقد كفلت جل الدساتير في عهد الجزائر المستقلة بالحماية القانونية للأملاك الوقفية، أولها دستور 1989(المرسوم الرئاسي 98-18 المؤرخ في 28 فبراير 1989، المتعلق بنشر تعديل الدستور، ج.ر.ع.9 ، بتاريخ 1 مارس 1989)، حيث نصت المادة 49 منه على:" الأملاك الوقفية، وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها يحمي القانون تخصيصها"، وكذلك دستور 1996

والاقتصادية،كان لابد من رصد قوانين متنوعة مدنية، وجزائية بهدف حمايته من التعدي والضياع نعرج على أهمها على النحو التالي:

أ/ الحماية المدنية:

تتجلى صور الحماية المدنية للوقف في العديد المواطن في قوانين مختلفة، فكل قانون حوى صور من الحماية تتوافق مع الوظيفة المنوطة به، بداية بالقانون المدني الذي اعترف للوقف بالشخصية القانونية الاعتبارية كما سبق الذكر، مرورا بقانون الأوقاف، إلى غاية قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كل هذه القوانين حمت الوقف بطريقتها، وقد ركزت جلها على أمور معينة حفاظا منها على الوقف، نذكر أهما:

– عدم قابلية الوقف للتملك:

إن الطبيعة الفريدة لنظام الوقف، والتي سبق و الإشارة إليها كونه حق عيني خاص مسقط للملكية يخول حق الانتفاع دون حق التصرف، يجعله في كثير من الأحيان محل طمع وتعدي من ضعاف النفوس، لذلك نجد أن القانون الجزائري احتاط لهذه المسألة، وكرس عدم قابليته للتملك والتصرف، بداية من التعريف به من خلال المادة الثالثة من قانون الأوقاف كونه"...حبس العين التملك..."، مرورا بفرض استقلاليته في المادة الخامسة التي أكدت على أن الوقف ليس ملكا لا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، وكذا حصر الأوقاف المصونة في المادة 8 منه، إلى غاية المادة 23 من نفس القانون والتي جاء فيها:" لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التناول وغيرها".

المرسوم الرئاسي96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المتعلق بنشر تعديل الدستور، ج.ر.ع.79 لسنة 1996، من خلال المادة 64، وتعديل دستور 2016 (القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري ج.ر.ع.14 لسنة 2016، في المادة 52، والمادة 60 من التعديل الدستوري لسنة 2020 (المرسوم الرئاسي 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام1442، الموافق لـ:30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر2020، ج.ر.ع.82 لسنة 2020).

وعليه، فخاصية الوقف كونه غير قابل للتملك تحظر التصرف فيه بأي شكل من الأشكال[1] سواء ما كان قانونيا في نظر العامة كالبيع[2]، أو القسمة[3]، أو التغيير من طبيعة الوقف...، أو كان غير قانوني كالتعدي[4] على الملك الوقفي، أو غصبه[5]، وهو ما قد يُرتب إضافة على المسؤولية المدنية مسؤولية جزائية.

– عدم قابلية الوقف للحجز:

من المستقر عليه أن الحجز يكون على الأملاك التي يصح التصرف فيها حتى يمكن بيعها بالمزاد العلني في حالة عدم استيفاء الدين، وطالما أن الوقف لا يجوز التصرف فيه بأي حال من الأحوال فإن الحجز عليه غير ممكن[6]، خاصة وأن الحجز يتناقض مع كون الوقف يتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلالية[7].

[1] " لا يجوز التصرف في العقار المحبس"، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2003/3/19، الملف رقم 297394 م.ق.ع.2، ص.292.

[2] انظر قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، 2011/03/10، الملف رقم 636028، م.م.ع، 2011، ع.2، ص.156 والذي جاء في مبدئه:" لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع...".

[3] جاء في مبدأ قرار للمحكمة العليا، الغرفة العقارية:" تجوز قسمة الاستغلال أو الانتفاع بين المستفيدين في عقد الحبس، ولا تجوز القسمة الناقلة للملكية"، الملف رقم 393937، في 2007/2/14،م.م.ع.ع.2، ص.423.

[4] ويندرج في حكم التعدي على الوقف سرقة الوقف ووضع اليد عليه سواء أكان ذلك عن طريق اكتسابه بالتقادم، أو عن طريق الاستيلاء عليه ، عن طريق التغيير من صفته الوقفية، ويحمل ذات المسمى بيع الوقف إذا تعطلت منافعه، أو إيجاره بثمن دون بدل المثل، أحمد بن صالح آل عبد السلام، الاعتداء على الوقف، مجلة العدل، السعودية، 1425، ع.24، ص.29.

[5] المقصود بغصب الوقف في ضوء الفقه الإسلامي هو الاستيلاء عليه دون وجه حق، وفي حال غُصب الوقف وجب التعويض فمتى تعدى شخص على الشيء الموقوف وأزال يد المتصرف فيه المحققة، وأثبت يده المبطلة اعتبر غاصبا له، فيترتب على هذا الغصب حكمه وهو تضمينه بدله عن هلك تحت يده، واسترداده منه، إن كان موجودا، مُحَمَّد زيد الأبياني، مباحث في الوقف ط2، مطبعة علي سكر أحمد، مصر، ص.117.

[6] مُحَمَّد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دط، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص.117.

[7] خالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، المرجع السابق، ص.65.

وتعزيزا للطرح فقد نصت المادة336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية على:" ...الأموال الموقوفة وقفا عاما أو خاصا،ير قابلة للحجز، ما عدا الثمار،والإيرادات..."[1]، وقد أجازت المادة 21 من قانون الأوقاف على:" يجوز جعل حصة المنتفع تماما للدائنين في المنفعة فقط أوفي الثمن الذي يعود إليه"، فإذا تم ربط هذه المادة التي تجيز الحجز على غلة الوقف دون أصله، مع مقتضى المادة 18 من نفس القانون التي تحصر حق للموقوف عليهم المستحقين في الانتفاع دون التملك يظهر أنه لا مجال للحجز على الأملاك الوقفية كضمان للديون، وهذا مرجعه كون الوقف حق عيني ذو طبيعة خاصة، وليس بحق ملكية ولا حق شخصي.

-عدم قابلية الوقف للاكتساب للتقادم[2]:

تبقى مسألة عدم قابلية الوقف للاكتساب بالتقادم مسألة نسبية لم يتم حسمها نهائيا بنص قانوني، رغم أن موقف القضاء كان صريحا بهذا الشأن في العديد من المناسبات حيث لم يجز اكتساب الوقف بالتقادم تحت أي مسمى[3].

وبالرجوع إلى القواعد العامة فما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز أن يُكتسب بالتقادم، ونظرا لطبيعة الوقف كنظام قانوني وشرعي فإن قضية التصرف فيه، أو خضوعه للتملك محسومة في كلا من القانون الجزائري كما تم الإشارة سابقا، وبإجماع من الفقه الإسلامي[4] خاصة وأنها تتنافى مع خاصية

[1] القانون08-09 المؤرخ في 18 صفر1429، الموافق لـ25 فبراير2008، ج.ر.ع21 لسنة 2008.

[2] يقصد بالتقادم: هو مُضي مدة معينة من الزمن، وهو الوسيلة يستطيع بمقتضاها الحائز الذي استمرت حيازته على حق عيني مدة معينة أن يتمسك بكسب هذا الحق وهو ما يُعبر عنه بالتقادم المكسب، كما أنه يمثل الوسيلة التي تؤدي إلى زوال الحق إذا ما سكت صاحب الحق عن المطالبة بع واستعماله لمدة معينة وتمسك من له المصلحة في زواله وهو ما يعرف بالتقادم المسقط، أحمد خالدي، التقادم وآثاره في القانون الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دط، دار هومه الجزائر، 2016 ص.15.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2009/2/11، الملف رقم 478571، م.م.ع.ع2، لسنة 2009، ص. 283 المبدأ :" لا تقادم في الحبس".

[4] فقهاء الشريعة الإسلامية منعوا تملك الوقف بوضع اليد عليه سواء طالت المدة أو قصرت، فالشريعة الإسلامية لا تعتبر وضع اليد سبب مثبت لاكتساب الملكية، كما لا تعتبر ترك المطالبة بالحق لمدة طويلة مسقطا لحق أصحابه، فالحق لا يزول بالتقادم، مُحَمَّد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دط، دار الفكر العربي، د.ب.ن، د.س.ن، ص. 160.

الأبدية التي يتسم بها الوقف والتي كرسها المشرع الجزائري من خلال تعريفه للوقف بأنه "...حبس المال على وجه التأبيد و التصدق..."، وكذا عدم إجازته للوقف المؤقت المحدد بمدة زمنية، دون التغاضي إلى كونه وشخص معنوي يتمتع باستقلالية في إدارة شؤونه وتوليها من قبل النائب الذي يُعبر عن إرادته ويحمي مصالحه، ويضمن بقاءه واستمراريته والمتمثل في "الناظر".

حيث كان من أجدر أن يحسم المشرع الجزائري هذه المسألة كما حسم عدم جواز التصرف أو التملك أو الحجز على أملاك الوطنية[1]، فرغم أنه حظر التصرف أو التملك الواقع على الوقف خاصة من خلال المادة8 من قانون الأوقاف، والتي حصرت بعض الأوقاف وحمتها من التصرف أو التعدي تحت مصطلح " الأوقاف المصونة"، إلا أن فكرة اكتساب الوقف بالتقادم لا تزال غير محسومة، في ظل تزايد الاعتداءات على الوقف عن طريق اكتسابه بالتقادم دون التأكد من هويته الوقفية[2]، أو التحايل في إخفائها وطمسها من أجل الاستيلاء على الملك الوقفي حيث تبقى قرارات القضاء قاصرة وغير فعالة في ردع كل محاولة لاكتساب الوقف بالتقادم، فاكتسابه بالتقادم يعني زواله واندثاره وهو ما يتنافى مع الغرض من وجود الوقف وتكريس أبديته إضافة إلى عدم احترام إرادة الواقف واشتراطاته التي بموجبها أنشئ الوقف.

---

[1] تنص المادة 4 من قانون الأملاك الوطنية 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق للفاتح من ديسمبر عام 1990، ج.ر.ع.52 لسنة 1990، والمعدل والمتمم بالقانون 08-14 المؤرخ في 17 رجب 1429، والموافق لـ 20 يوليو2008، ج.ر.ع. 44 لسنة 2008 على:" الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا للحجز..." وكذلك الأمر بالنسبة للأملاك الوطنية الخاصة.

[2] حيث نصت المادة 827 من القانون المدني :" من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له، أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمس عشر سنة بدون انقطاع"، وهو ما يعبر عنه بالتقادم المكسب والذي يعتبر من أسباب اكتساب الملكية العقارية،عن طريق إجراء تحقيق عقاري بذلك حيث يلتمس الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق من رئيس المجلس الشعبي البلدي ونائب مدير الشؤون العقارية والأملاك الدولة في الولاية تحديد وضعية العقار القانونية في نظر الأحكام التشريعية والتنظيمية، فمتى توفرت كل الشروط المطلوبة قانونا ليُحرر بعد ذلك عقد شهرة المتضمن الاعتراف بالملكية (المرسوم 83-352 المؤرخ في8 شعبان من سنة 1403، الموافق لـ 21 ماي 1983،ج.ر.ع.21 لسنة 1983)، وقد استثنى المرسوم الأملاك الوطنية وأغفل الأملاك الوقفية، والذي منع القضاء اكتسابها عن طريق عقد الشهرة حيث جاء في مبدأ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية:" لا يجوز تحرير عقد الشهرة على ارض محبسة قصد تملكها" الملف رقم 547662، بتاريخ 2010/4/22،م.م.ع.ع.2 ص.151.

ب/ الحماية الجزائية:

لقد أقرت المادة 36 من قانون الأوقاف الحماية الجزائية للأملاك الوقفية حيث جاء فيها:"يتعرض كل من يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية أو يُخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته أو يزورها، على الجزاءات المقررة في قانون العقوبات" .

وانطلاقا من مضمون المادة 36 من قانون الأوقاف فيمكن الحديث عن أفعال قررتها المادة على أنها سلوكات إجرامية، وأحالت بدورها إلى ما هو مقرر في شأنها في قانون العقوبات، مع العلم وأنه إذا تم تصفح هذا الأخير، فلا وجود لنصوص عقابية خاصة بحماية الأوقاف جزائيا، وذا بحد ذاته قصور وإهمال في حمايتها.

حيث ركزت المادة 36 على مصطلحات ثلاثة هي: " الاستغلال"، " الإخفاء"، " التزوير" فالاستغلال تعلق بتصرفات مادية تباشر على الملك الوقفي بطريقة خفية واحتيالية، أما الإخفاء والتزوير فتعلق بكل العقود والمستندات والحجج الوقفية، وبالرجوع إلى قانون العقوبات وإسقاط الأفعال المذكورة سابقا في نص المادة 36 فتكون الجرائم على سبيل المثال لا الحصر كالتالي:

– استغلال الأموال الوقفية بصورة مستترة، أو باستعمال وسائل احتيالية[1] طبقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات، تحتمل الأوصاف التالية:

* بالنسبة للاستغلال بطريقة مستترة، تطبق عليه: جريمة خيانة الأمانة[2] فاستغلال الوقف بطريقة مستترة من طرف القائمين عليه، وجريمة السرقة [1]بالنسبة للغير.

[1] من خلال ملاحظة نوعية الأفعال وطبيعتها، فإنها لا يمكن أن ترتكب إلا من شخص له علاقة مباشرة بالوقف وهو ناظر الوقف باعتباره القائم على شؤون الوقف.

[2] تنص المادة 376 من قانون العقوبات على أنه :" كل من اختلس أو بدد بسوء نية أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالصات أو 376المادة أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت التزاما أو إبراء لم تكن قد سلمت إليه إلا على سبيل الإجازة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل بأجر أو بغير أجر بشرط ردما أوتقديمها أو لاستعمالها أو لاستخدامها في عمل معين وذلك إضرارا بمالكيها أو واضعي اليد عليها أو حائزيها يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة تتجاوز 20000دج .

* بالنسبة للاستغلال بطريقة احتيالية، تطبق عليه: الجرائم المتعلقة بالنصب[2].

– إخفاء عقود أو وثائق أو مستندات متعلقة بالوقف تطبق عليه: جريمة إخفاء الأشياء[3].

– تزوير عقود أو وثائق أو مستندات الوقف، تطبق عليه: الجرائم المتعلقة بتزوير المحررات العرفية،وتزوير الشهادات والوثائق الإدارية[4].

والملاحظ مما سبق، أن المادة36 من قانون الأوقاف تظل عاجزة عن حماية الأملاك الوقفية جزائية، فالجريمة طبقا للقواعد العامة ترتكز على أوصاف معينة، حيث يستند التكييف القانوني للجريمة على الركن الشرعي بشكل خاص، الأمر الذي يجعل توسيع دائرة التجريم ليمس الأملاك الوقفية أمر نسبي لا يضمن الحماية المطلقة والكاملة، ومع ذلك يمكن لبعض الجرائم الواقعة على

ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر. المتعلقتان بسرقة النقود والأوراق التجارية 159 و158 وكل ذلك دون الإخلال بما نصت عليه المادتين والمستندات والاستيلاء عليها من المستودعات العمومية "، الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1886، الموافق لـ 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج.ر.ع.94 لسنة 1966، (الأمر 15-12 المؤرخ في 23 جويلية 2015، المعدل و المتمم للأمر 66-156، ج.ر.ع.40 لسنة 2015.

[1] أنظر المادة 350 من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[2] تنص المادة 372 من قانون العقوبات على أنه:" كل من توصل إلى استلام أو تلقى أموال أو منقولات أوسندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعود أو مخالصات أو إبراء من التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالاحتيال لسلب آل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أوسلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة تتجاوز 20000دج.

وإذا وقعت الجنحة من شخص لجأ إلى الجمهور بقصد إصدار أسهم أو سندات أو أذونات أو حصص أو أية سندات مالية سواء لشركات أو مشروعات تجارية أو صناعية فيجوز أن تصل مدة الحبس إلى عشر سنوات والغرامة إلى200000دج.

وفي جميع الحالات يجوز أن يحكم علاوة على ذلك على الجاني بالحرمان من جميع الحقوق الواردة في المادة 14 أومن بعضها وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل و10 سموات على الأكثر".

[3] أنظر المادتين 387و388 من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[4] عد للمواد: 214-215-216-219-220-222 من قانون العقوبات المعدل و المتمم.

العقار أن تطبق على الأملاك الوقفية العقارية، باعتبار أن النصوص تحرم واقعة الاعتداء على عقار مهما كان وصفه وطبيعته، مدام أنها واقعة على عقار[1].

الفرع الثاني

أنواع الوقف

يتخذ الوقف عدة صور نظرا لتنوع طبيعته، واختلافه أركانه وانسجامها في آن واحد الأمر الذي يؤدي إلى وجود تقسيمات مختلفة للوقف، يتم تناولها على النحو الآتي:

أولا: أنواع الوقف باعتبار الموقوف عليه

ينقسم الوقف بالنظر إلى الموقوف عليهم إلى صور عديدة، ولعل تركيزنا على هذه الأنواع بذات يستند أساسا لفكرة اشتراطات الوقف، فإرادة الواقف هي من تُحدد نوع الوقف، والجهة التي تنتفع به، وتكون أهلا للاستحقاق، وانطلاقا من ذلك يمكن أن يتخذ الوقف الصور التالية:

1-الوقف الخيري والوقف الذري

فالوقف الخيري وهو ما جُعِل أول الأمر لجهة من جهات البر، ولو لمدة معينة ثم لمعين بعد ذلك، كأن يقول الواقف وقفت أرضي هذه لمستشفى المدينة، أو للمسجد ونحوه... وعلى الرغم من أن الفقه يرى أن هذا التقسيم حديث النشأة، ولم يكن معروفا في صدر الإسلام، إلا أنه ووفقا لما كان معمولا به في عهد الرسول ﷺ، والصحابة رضوان عليهم، يؤكد أن هذا النوع من الأوقاف كان سائدا، ولو اختلفت المسميات[2].

[1] عمر حمدي باشا، عقود التبرعات الهبة – الوصية- الوقف،دط، دار هومه، الجزائر، 2004، ص.126.

[2] مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، مطبعة دار التأليف مصر، 1986، ص.116-117.

أما الذري هو الوقف الذي حبسه الواقف على نفسه ابتداء، أو على ذريته أو عليهما معا أو على شخص معين من ذوي قرابته، أو على ذريته، أو عليهما معا، ثم جعله بعد ذلك إلى جهات البر[1].

ولعل أهم أثر لهذا التقسيم يتجلى في نية الواقف، فإذا كان الوقف أهليا صح حتى ولو لم ينوي الواقف من ذلك التقرب إلى الله، على عكس الوقف الخيري فإنه لا يصح إلى بنية التقرب[2].

2-الوقف العام والوقف الخاص

لقد اعتمد المشرع الجزائري من خلال قانون الأوقاف 10/91 تقسيم الوقف إلى عام وخاص وهو ما أكدت عليه نص المادة 6 منه[3]، وهو ما يقابله في الشريعة الإسلامية إلى حد كبير الوقف الذري (الأهلي)، والوقف الخيري.

فالوقف العام هو ما وُقف على جهات خيرية من وقت إنشاءه، ويهدف إلى المساهمة في سبل الخيرات وقد يكون الوقف العام محدد المصرفِ، بحيث لا يصح صرفه بغير ما حدده الواقف أي وفقا لاشتراطاته، وقد لا يكون محدد المصرف، ويصرف ريعه على نشر العلم مثلا[4].

وقد نصت المادة 8 من قانون الأوقاف 10/91 على ما يندرج ضمن الأوقاف العامة بنبرة توحي أنها مذكرة على سبيل الحصر[5] بقولها:" الأوقاف العامة المصونة هي:

---

[1] حقي إسماعيل النداوي، الوقف في الشريعة والقانون، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2016، ص.33.

[2] مُحَمَّد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية وتشريعية، دار منشأة المعارف، مصر،2002، ص. 234.

[3] المادة 6 من قانون الأوقاف سالف الذكر.

[4] عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، المرجع السابق، ص.42.

[5] لقد نص المرسوم رقم 64-283 المتضمن نظام الأملاك الحبسية،المؤرخ في10 جمادى الأولى1383. الموافق لـ17سبتمبر1964،ج.ر.ع. 35 لسنة 1964، في مادته الأولى على تقسم الأوقاف إلى أملاك حبسية عامة وخاصة،ونصت المادة الثانية منه على ما يعد من صميم الأوقاف العامة حيث جاء في نص المادة :"تعد أوقافا عمومية:

– الأماكن التي تقام بها الشعائر الدينية.

– العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الأماكن، سواء كانت متصلة بها أم كانت بعيدة عنها.

– الأموال والعقارات والمنقولات الموقوفة على الجمعيات و المؤسسات و المشاريع الدينية.

– الأملاك العقارية المعلومة وقفا ومسجلة لدى المحاكم.

– الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار.

– الأوقاف الثابتة بعقود شرعية وضمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين.

– الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها.

– كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يُعرف واقفها ولا الموقوف عليها ومتعارف عليها أنها وقف.

– الأملاك والعقارات والمنقولات الموقوفة أو المعلوم وقفا والموجودة خارج الوطن..." ليضيف بعد ذلك المرسوم التنفيذي 381/98 طائفة جديدة تُضم إلى سابقاتها في المادة 8 من قانون الأوقاف حيث جاء في المادة 6 من المرسوم التنفيذي :" في إطار أحكام المادة 8 من القانون 10/91 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1990 والمذكور أعلاه، تعتبر من الأوقاف العامة:

– الأملاك التي اشتراها أشخاص طبيعيون أو معنويون باسمهم الشخصي لفائدة الوقف.

– الأماكن التي تؤدى فيها شعائر الدين.

– الأملاك التابعة لهذه الأماكن.

– الأملاك المحبسة على الأماكن المذكورة.

– الأوقاف الخاصة (المعقبة) التي لا يعرف من حبست عليهم.

– الأوقاف العمومية التي ضمت إلى أملاك الدولة والتي لم يجر تفويتها ولا تخصيصها".

– الأملاك التي وقفت بعدما اِشتريت بأموال جماعة من المحسنين.

– الأملاك التي وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة.

– الأملاك التي خُصصت للمشاريع الدينية".

وهكذا يتضح أن المشرع الجزائري وسع من دائرة الأوقاف العامة بهدف حمايتها وهو ما يُستنتج من عبارة " المصونة"، كما يتضح من خلال جرده لهذه الفئات المختلفة من الأملاك الوقفية هو أنه لم يعتمد على معيار العام والخاص فقط نظرا لمرونتها، وإنما تبنى معيارا آخر لإضفاء الدقة والوضوح لتحديد ما ينضوي تحت مفهوم الوقف العام، وهو معيار أطلق عليه جانب من الفقه القانوني " معيار التعداد أو الحصر" [1]، والذي يعتبر معيارا أكثر دينامكية، يمكن من خلاله حصر كل ملك توفرت فيه شروط الوقف العام .

وأما عن الوقف الخاص فهو: كل ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين، وبعدها يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم[2]. وجوهر التفرقة بين هاذين النوعين هو مسألة القبول، فالقبول ليس شرطا لصحة الوقف العام باعتباره ليس على شخص معين بذاته على عكس الوقف الخاص فالقبول شرط لصحة الوقف [3].

وقد همش قانون الأوقاف الجزائري الوقف الخاص كثيرا، خاصة بعد تعديله لقانون الأوقاف سنة 2002 والذي ألغى كل الأحكام التي كانت تعالج الوقف الخاص رغم قلتها وقصورها بقوله:" ...يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها" دون تحديد المقصود من الأحكام التشريعية المعمول بها رغم حديث الفقه عن الرجوع إلى أحكام الوقف المنصوص عليها في قانون

[1] خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية " الوقف"،ج1،ط1 لسنة 2012، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، ص. 26.

[2] المرجع نفسه، ص.42.

[3] مُحَمَّد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية وتشريعية، المرجع السابق، ص.234.

الأسرة إضافة إلى المادة 2 من قانون الأوقاف والمادة 222 من قانون الأسرة التي تقضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد نص فيه، وهو ما يدل ضمنيا عن التخلي التدريجي عن الوقف الخاص خاصة و أنه المجال الخصب لاشتراطات الواقف وهو ما سيتم التفصيل فيه لاحقا.

3 –الوقف المعين والوقف غير معين

ويكون الوقف المعين إذا ما عين الواقف فيه الموقوف عليهم سواء كان واحدا أو اثنين، أو جمعاً[1].

ويكون غير معين إذا كان الوقف على جهات غير محددة[2]، كالوقف على المساجد، أو المدارس أو على أشخاص غير معينين كالوقف على الفقراء والمساكين، أو الوقف على طلبة العلم والعلماء.

وهذا التقسيم يترتب عليهم أمر مهم للغاية، وهو يتعلق بالموقوف عليه، فإذا كان الوقف على معين اشترط فيه أن يكون أهلا للتملك، على عكس الوقف على غير معين، فالمهم أن تتوفر معلومية الجهة، وأن تكون من جهات البر والإحسان[3]، وهذا كله يرتكز على دقة اشتراطات الواقف ومدى تحديده وضبطه للجهات المستحقة، وهو ما عبرت عنه نص المادة 6 من قانون الأوقاف على:" ...وهو قسمان : قسم يحدد فيه مصرف معين لريعه، فلا يصح صرفه على غير وجوه الخير إلا إذا استنفذ، وقسم لا يُعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة...".

ثانيا: أنواع الوقف باعتبار دوامه

ينقسم الوقف بالنظر إلى مدته إلى مؤبد و مؤقت، **فالمؤبد** فنظرا لكون الوقف من أعمال الخير فيمكن أن يكون مؤبدا إذا خرج عن التداول إلى الأبد. وهو المشهور عند الاحناف والشافعية

[1] نفس المرجع، ص.234.

[2] وهو ما نصت عليه المادة6 في فقرتها الثالثة من قانون الأوقاف02-10 والتي جاء فيها:"...وقف لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة..."

[3] مُحَمَّد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية وتشريعية، المرجع السابق، ص.235.

والحنابلة وبعض من المالكية[1]، وقد انتهج قانون الأوقاف هذا النهج باعتماد الوقف المؤبد وحده، وهو ما أكدته المادة 28 بقولها:" يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن".

كما يمكن أن يكون **مؤقتا** وهو الذي أخذ به المالكية ووجه عند الشافعية والحنابلة، وهو الوقف الذي ينص فيه الواقف، أو يُلزم فيه القانون مدة معينة ينتهي بانتهائها، ويعود بعد ذلك الوقف حرا للتداول والتملك[2]، وتعتبر مسألة تأبيد الوقف وتأقيته من المحاور المهمة في اشتراطات الواقف، فما يترتب عن اشتراط الوقف أن يكون مؤبدا، ليس هو ما يترتب عنه في حال وجود مدة محددة ينتهي بها الوقف، فنوعية الاشتراطات تختلف باختلاف أمدها.

ثالثا: أنواع الوقف باعتبار محله

وينقسم على هذا الأساس إلى الوقف **العقاري، و منقول، ووقف المنفعة،** فالأصل في الوقف أن يكون **عقار**، وهو محل اتفاق بين الفقهاء وسندهم في ذلك الأوقاف العقارية للصحابة رضوان الله عليهم، ومثالها الأرض التي وقفها عمر بن الخطاب ﷺ في خيبر والتي حبسها بتوجيه من رسول الله ﷺ [3].

كما أجاز جل الفقهاء **وقف المنقول** مهما كانت طبيعته، سواء تعلق بعقار أو كان مستقلا،وقد تطورت فكرة وقف المنقول في الوقف الحاضر لتصل إلى وقف النقود[4] على شكل أسهم وسندات يصرف ريعها على الموقوف عليهم[1]، وكل ذلك يتوقف على ما اشترطه الواقف في محل الوقف.

[1] زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص17.

[2] أحمد فراج حسين، مُحَمَّد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص190.

[3] مُحَمَّد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية تشريعية، المرجع السابق، ص.236.

[4] يجوز عند المالكية وقف المنقول وغير المنقول مؤبدا أ مؤقتا، فيجوز عندهم الوقف من غير قيد الشرط، وعند الشافعية يجوز الوقف والهبة والحبس والعمرى عنده بدون أي قيد لنوع الموقوف ووصفه، بل يجوز فيها جميع المساحات المملوكة فيكون كوقف المنقول كالعقار، والدرهم كالدينار، سواء بسواء، وهو رأي الحنابلة كذلك، أما عند الحنابلة فيقول ابن تيمية إن وقف الدراهم عند

كما يمكن الوقف **نفعيا**، وهي التي يكون الموقوف فيها حقا متقوما، أو منفعة مملوكة لغير مالك العين، كمنفعة عين مؤجرة، والذي لم يجزه جمهور الفقهاء عدا المالكية، وقد اتسع مفهوم وقف المنافع ليشمل وقف الحقوق المعنوية كحق المؤلف، وبراءة الاختراع[2].

وقد فتح المشرع الجزائري من خلال قانون الأوقاف المجال للواقف أن يقف أي نوع من الأموال سواء أكانت عينية (عقاراً أو منقولاً)، أو ذات طبيعة نفعية مقومة بالمال، ويتضح ذلك من خلال المادة11 من قانون الأوقاف و التي جاء فيها:" يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة...".

وبعد تحديد المفهوم العام للشرط، والتعريج على مفهوم الوقف كنظام قانوني، وشرعي، وعقد تُقرن به اشتراطات الواقف، سيتم التطرق في المطلب الموالي لمفهوم الشرط المقترن بعقد الوقف.

المطلب الثاني

مفهوم الشرط المقترن بعقد الوقف

إن عقد الوقف من عقود التبرع التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة في الكتاب الرابع تحت عنوان " التبرعات"، وأدرجه في الفصل الثالث منه ضمن 7 مواد من المادة 213 وما يليها، ثم خصص له قانون مستقل هو قانون الأوقاف 91-10 السالف الذكر ليُنظم أحكامه حيث جاء في نص المادة 4 في فقرتها الأولى :" الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة...".

فهو كغيره من العقود التي هي محل اشتراط بالرغم من أنه صادر عن إرادة منفردة، بحيث يمكن للواقف أن يشترط فيه ما يشاء مع مراعاة بعض الضوابط التي سوف يتم تناولها في محطات الدراسة

ابن حنبل جائز، وهذا هو الصحيح في مسلكه، أبي مسعود مُحَمَّد بن مُحَمَّد مصطفى العامري الأفندي الحنفي رسالة في جواز وقف النقود، ط1، دار ابن حزم، لبنان،1997،ص.12-13.

[1] عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي، والتشريع، المرجع السابق، ص.41.

[2] منذر قحف، الوقف الإسلامي، تطوره، إدارته، تنميته،ط2، دار الفكر، سوريا، 2002، ص.114.

المقبلة، حث نصت المادة 123 الفقرة الثانية من القانون المدني :" ...ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من أحكام باستثناء أحكام القبول".

وبالتالي، فإن العقد القائم على الإرادة المنفردة يخضع هو كذلك لمبدأ سلطان الإرادة، وكذا مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وإن كان عقد الوقف لا يوجد فيه أطراف العقد والذين يقع بينهم إيجاب وقبول.

فالواقف بحسب القانون الجزائري له الحق أن يضع ما شاء من الاشتراطات في عقد الوقف، على أن يراعي بعض المسائل عند عملية الاشتراط، وهذا ما سنتطرق له في هذا الفرع،فقد نصت المادة 218 من قانون الأسرة على :" ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعا، وإلا بطل الشرط وبقي الوقف"، ونصت كذلك المادة 14 من قانون الأوقاف على أن:" اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها".

ومن هذا المنطلق، سوف يتم تناول مفهوم الشرط المقترن بالعقد بوجه عام (الفرع الأول)، ثم تعريف الشرط المقترن بعقد الوقف في كل من القانون الجزائري، و الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المفهوم العام للشرط المقترن بالعقد

لقد تطرق العديد من الفقهاء، ورجال القانون إلى تعريف الشرط المقترن بالعقد، حيث عُرف على وجه العموم بأنه:" الشرط المقترن بالعقد هو التزام المتصرف في تصرفه أمرا زائدا على أصل ذلك التصرف، سواء كان هذا الالتزام مما يقتضيه هذا التصرف بأن كان أثرا من آثاره، أم لم يكن كذلك، وسواء أكان فيه منفعة لمن التزم به أو لغيره، أم لم يكن فيه منفعة لأحد[1].

ومن خلال هذا الفرع نتطرق إلى تعريف الشرط المقترن بالعقد (**أولا**)، وخصائصه (**ثانيا**) على النحو الآتي:

[1] نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص.84.

أولا: تعريف الشرط المقترن بالعقد

لقد عرف الأستاذ مُحَمَّد سلام مذكور الشروط المقترنة بالعقد بأنها :" عبارة عن التزام المتعاقد في عقده أمراً زائدا على أصل العقد، سواءٌ أكان ينتج منفعة لم تشترط له، أم كان الاشتراط لصالح الغير أم لم تكن هناك منفعة لأحد مطلقا"[1].

كما عرف الأستاذ مُحَمَّد عثمان شبير على أنه :" هو التزام واقع في العقد حال تكوينه زائد عن أصل مقتضاه الشرعي، سواء أكان هذا العقد ناشئا بإرادة المتعاقدين: كالبيع، والإجارة والنكاح، أم بإرادة منفردة : كالهبة، و الوصية، وهو يُضاف على صلب العقد عند إنشائه بحيث يصبح جزءا من أجزائه التي تم التراضي عليها".

وقد عرفه الأستاذ مصطفى الزرقا بأنه:" التزام في تصرف قولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه" وذلك كما لو باع الإنسان بضاعة على شرط أن تكون محمولة على حسابه على محل المشتري، فالبائع هنا قد التزم بالشرط في ضمن العقد، ووجب حمل المبيع على المشتري، وهذا الالتزام لم يكن ليقتضيه البيع المطلق، أي خال من الشرط، لأن البيع المطلق إنما يوجب انتقال الملكية بعوض ثم إن المالك الجديد هو المكلف بنقل ما اشتراه على حسابه"[2].

ومن خلال جملة التعريفات التي تناولت المقصود بالشرط المقترن بعقد الوقف يتضح من خلالها أن هذا النوع من الشروط هو أمر زائد عن أصل التصرف، وكذلك عن مقتضى العقد، وهو أمر مستقبل، ومحتمل الوقوع، وانه واقع في حال العقد، ومنه نتناول من خلال العنصر الموالي ما يختص به الشرط المقترن بالعقد.

ثانيا: خصائص الشرط المقترن بالعقد

يختص الشرط المقترن بالعقد بجملة من الخصائص نستعرضها وفقا للآتي:

[1] مُحَمَّد سلام مذكور، المرجع السابق،ص.639.

[2] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص.575-576.

1-الشرط المقترن بالعقد أمر زائد عن التصرف:

ويعني ذلك أن العقد يقوم بدون وجود هذا الشرط، وإنما الشرط هو أمر زائد عن التصرف أو العقد، لا يحتاج العقد له، و إنما هو إضافة من المتعاقدين[1]، فإذا اشترط البائع على المشتري مثلا أن يبيعه عقار بأربعمائة ألف دينار جزائري إلى ستة أشهر، على أن يقدم المشتري رهنا، ففي مثل ذلك يعتبر الشرط – رهن- أمرا زائدا عن عقد بيع العقار.

2-التزام زائد عن مقتضى العقد:

أي انه يزيد عن ما يقتضيه العقد[2]، مثال ذلك إذا اشترى شخص سلعة ما، ويشترط أن يحملها له البائع لمقر سكناه، ففي مثل هذا زيادة على مقتضى العقد الذي يقتضي تسليم البائع للسلعة فقط دون نقلها.

3-الشرط المقترن بعقد الوقف يرتبط بالمستقبل دون الماضي:

فإن الشرط إذا اقترن بالعقد يكون متعلق بما هو مستقبل ولا شان له بالماضي، ومثال ذلك إذا باع شخص سيارة بثمن ما على أن يقدم المشتري رهنا على ذلك فهنا الشرط ارتبط بما يتقدم من زمن ولا علاقة له بالماضي.

4-الشرط المقترن بعقد الوقف هو محتمل الوقوع:

ذهب الفقهاء إلى أن الشرط إذا اقترن بالعقد يجب أن يكون ممن يمكن القيام به، وليس مستحيلا، لأنه بذلك يصبح دليلا على عدم الرغبة في إتمام التصرف[3].

5-الشرط المقترن بالعقد يكون حال تكوين العقد:

ويقصد بذلك أن يكون عند عملية التعاقد بين طرفي العقد، ويضيفان ذلك الشرط إلى صلب العقد، وصيغة إنشائه[4].

---

[1] مُحَمَّد عثمان شبير، عثمان مُحَمَّد شبير، الشروط المقترنة بالعقد، بحث مقدم بدون ذكر بيانات، ص.62.

[2] مُحَمَّد عثمان شبير، المرجع السابق،ص.63.

[3] المرجع نفسه، ص. 64.

[4] المرجع نفسه، ص.64.

الفرع الثاني

تعريف الشرط المقترن بعقد الوقف

رغم أن مهمة التعريف خاصة ما تعلق بالمصطلحات المتخصصة هي مهمة معهودة للفقه بأنواع الشرعي والقانوني، إلا أن ذلك لم يمنع المشرع من تحديد بعض المفاهيم المختلقة في موضوع الوقف بالخصوص.

ومن هذا المنطلق، وبغية تحديد المعنى المراد بالشروط المقترنة بعقد الوقف، كان لا بد من استعراض أهم المحطات القانونية للتحري عن معنى الشرط المقترن بعقد الوقف (أولا)، بالإضافة إلى تقصي ذلك في مواقف المذاهب الأربعة محل الدراسة(ثانيا)، وذلك على النحو المبين أدناه:

أولا: تعريف الشرط المقترن بعقد الوقف في القانون الجزائري

من المسلم به أن نظام الوقف وصيرورته يكون وفق ما يشترطه الواقف في عقد الوقف أي أن هذه الاشتراطات التي يضعها الواقف – يقرنها- بعقد وقفه هي المحددة لذلك، حيث تعتبر بلغة القانون دستور الوقف، والمشرع الجزائري اعتمد على ذلك في وضع النصوص الخاصة بقانون الأوقاف. ولقد نص قبله قانون الأسرة الجزائري على اشتراطات الواقف في نص المادة 218 بقوله:" ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعا، وإلا بطل الشرط وبقي الوقف".

ويتضح من خلال هذه المادة أنها لم تعرف الشروط المقترنة بعقد الوقف –اشتراطات الواقف- وإنما أشارت فقط إلى إلزامية تنفيذها " ...يُنفذ شرط الواقف..." وبعد ذلك أعطت المعيار الذي يُستند إليه في مراعاة شرط الواقف وهو مقتضيات الوقف الشرعية.

كما تطرقت المادة 16 من قانون الأوقاف إلى مقتضى اللزوم عندما نصت:" يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف وهو اللزوم..." ويبدو أن هناك فرقا شاسعا بين نص المادة من218 من قانون الأسرة ونص المادة 16 من قانون الأوقاف، فالأولى نصت على " مقتضيات الوقف الشرعية" والثانية على مقتضى واحد "اللزوم".

وتناول قانون الأوقاف 91-10 الشروط المقترنة بعقد الوقف حيث خصص لها الفصل الثالث المعنون بـ " اشتراطات الواقف" وذلك من خلال المواد 14-15-16 منه حيث نصت المادة 14 منه على:" اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشرعة نهي عنها".

هذه المادة تطرقت إلى اشتراطات الواقف و كأنها دستور الوقف، وهو ما عبرت عنه " التي تنظم الوقف" ثم وضعت معيار أو ضابط الذي يُحتكم إليه في عملية الاشتراط، وهو ما نهت عنه الشريعة الإسلامية، مما يفيد أن الواقف عند استعماله لحقه في الاشتراط في عقد الوقف، لابد أن يراعي بحسب المادة ما نهت عنه الشريعة الإسلامية.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه، ما هو مصير اشتراطات الواقف التي هي محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية؟

هذا ما سنعالج من خلال الجزء الموالي، حيث سنتناول اشتراطات الواقف من منظور الفقه الإسلامي، لأن الذين تطرقوا إلى موضوع الشروط المقترنة بعقد الوقف في الدراسات القانونية عرفوها وفقا لما جاء به الفقه الإسلامي.

ثانيا: تعريف الشروط المقترنة بعقد الوقف في الفقه الإسلامي

نستعرض تعريف الشروط المقترنة بعقد الوقف في الفقه الإسلامي، انطلاقا من تعريف المذاهب الأربعة لها، نتناولها على النحو الآتي:

1-تعريف الحنفية للشروط المقترن بعقد الوقف:

تعتبر المدرسة الحنفية أكثر مُنظر في مسألة الشروط المقترنة بعقد الوقف، فعالجوها وتوسعوا فيها، وخصصوا لها أبوابا في مؤلفاتهم، بخلاف المذاهب الأخرى حيث كان حديثهم عنها متناثرا دون استقلال في معالجتها.

وبالعودة إلى أمهات الكتب الحنفية نجدهم لا يعرفون المقصود بالشروط المقترن بعقد الوقف وإنما يتكلمون عنها كواقعة في عقد الوقف، لكن من خلال الاطلاع على هذه المراجع يتضح جلياً

وفي أغلبها أنه يستعمل لفظ " شرط الواقف" سواء اشترط الواقف أم لم يشترط، كل هذه العبارات تدل على أن مؤسسة الوقف هي معلقة على شرط الواقف في إدارتها، ومصارف غلاتها، والتصرف فيها، وكذا في الولاية على الوقف[1].

إلا أن هناك من تطرق إلى تعريف الشروط المقترن بعقد الوقف من الحنفية وهو أغلب ما يوجد في تعريفات اشتراطات الواقف، وهي :" شروط الواقف التي يشترطها في وقفه والتي تنظم الوقف، ما لم يرد نهي الشارع عنها"[2].

2-تعريف المالكية للشروط المقترنة بعقد الوقف:

سبق وأن أشرنا عند كلامنا في تقديم هذا الجزء، أن الشروط المقترنة بعقد الوقف أو ما يعرف بشروط الواقف في الفقه الإسلامي، قد فصل فيها الحنفية أكثر من غيرهم، أما كتب الفقه الأخرى وإن كانت قد تطرقت لها، إلا أنها لم تخصصها بكثير من التوسع و إنما كانت تأتي على سبيل التطبيق أي عند الكلام عن الموقوف عليهم، أو محل الوقف، أو كيفية استغلاله والنظارة عليه، فكانوا يشيرون إلى اشتراطات الواقف في هذه المجالات.

وعند العودة إلى كتب الفقه المالكي، نجد أن فقهاء المالكية لم يتطرقوا على تعريف مباشر لاشتراطات الواقف وإنما يأتي الكلام عنها بشكل تطبيقي خاصة في الكتب القديمة من المتقدمين والتي كانت في مجملها إما شرحا لمسائل معينة، أو إجابة عن فتاوى لفقهاء المذهب، فغن الكلام عنها كان يأخذ عبارة " في إذا اشترط الرجل كذا وكذا..." أو تكون على شكل استفتاء " ما حكم إذا أوقف الرجل...".

إلا أن المعروف والمتفق عليه بين فقهاء المذهب المالكي، سواء المتقدمين و المتأخرين، أن شرط الواقف يجب العمل به ما لم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وأن هذه الشروط التي تمليها إرادة

[1] عد في ذلك إلى: مجموعة رسائل ابن العابدين، ج2، مُحَمَّد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار في الدر المختار(حاشية ابن عابدين) ج6، دط، دار عالم الكتب، السعودية، 2003، مُحَمَّد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

[2] مُحَمَّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص.150.

الواقف هي الدستور الذي يكون عليه مدار المؤسسة الوقفية سواء في مصارفه، أو في الولاية والنظارة عليه[1].

فهم متفقون على أن هذه الشروط منها ما هو معتبر شرعاً يمكن اشتراطه في عقد الوقف ويلزم العمل بمقتضاه إذا اِشترط، وهذا النوع من الشروط هو ما يعرف بالشروط الصحيحة في عقد الوقف ومنها ما هو ليس معتبرٌ شرعاً، وهذا النوع من الشروط لا يصح اشتراطه في عقد الوقف ولا يجب العمل بمقتضاه إذا أدرجه الواقف في العقد، وهي ما يسميها الفقهاء بالشروط الباطلة أو الفاسدة[2].

كما اخذ المالكية بالقاعدة الفقهية المعروفة وهي أن :" شرط الواقف كنص الشارع" مما يلزم معناها تنفيذ ما اشترطه الواقف في العقد، وذلك إعمالا لقول الله عز وجل في كتابه العزيز : ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ ۚ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾[3]، كما أنهم اقتدوا بما جاء عن الصحابة رضوان الله عليهم، أنهم كانوا يقفون و يشترطون في أوقافهم، فقد اشترط عمر بن الخطاب ﷺ للسائل والمحروم، و الضيق، ولذي القربى، وابن السبيل، وفي سبيل الله وكما اشترط كذلك سيدنا علي كرم الله وجهه في سبيل الله، وذي رحم والقريب و البعيد، ولا يباع ولا يورث[4].

والملاحظ على كتب الفقه المالكي خاصة القديمة منها، أنها كانت تعالج موضوع الشروط بطريقة تختلف عن تلك التي عالجها بها الفقهاء المتأخرين مثل: الأستاذ الصادق الغرباني، والأستاذ مُحَمَّد أبو زهرة، والأستاذ مصطفى الزرقا، والأستاذ وهبه الزحيلي[5].

---

[1] زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط1، مطبعة الفلاح، الكويت 1984، ص.517.

[2] زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع نفسه، ص.518.

[3] سورة البقرة الآية 181.

[4] عبد الرحمان الصادق الغرباني، الفقه المالكي وأدلته، ج4، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، دب.ن، د.س.ن، ص.232.

[5] باستثناء الأستاذ عبد الرحمان صادق الغرباني، فالأساتذة المذكورين على غير المذهب المالكي،وإنما القد هو طريقة معالجة موضوع اشتراطات الواقف.

فهؤلاء المتأخرين استعملوا منهج التبويب والتقسيم في حين هذا الأسلوب لم يكن معمولا به عند قدامى الفقهاء، والذين كما قدمنا كانت اغلب كتبهم هي عبارة عن شرح لمسألة، أو إجابة عن إشكال[1].

أما عن موضوع الشروط عند قدماء فقهاء المالكية فكان كلامهم عن أركان عقد الوقف إلى ما يصح الاشتراط في هذه الأركان، وكذلك عن النظارة، وطرق الاستغلال فالحديث كان عن ما يصح فيها من شروط، وما يبطل منها، وما يمكن مخالفته، دون الحاجة إلى تعريفها و التفصيل فيها.

3- تعريف الشافعية للشروط المقترنة بعقد الوقف

لقد استند الشافعية كذلك على قاعدة " شرط الواقف كنص الشارع" فالمرجع في نظرهم في مصارف الوقف، وغلته، والاستحقاق وكل ما يتعلق به هو إرادة الواقف.

كما أن كتب الشافعية هي متشابهة مع المالكية من حيث أنها تقول على الإجابة على مسائل معينة، أو شرح لمتون، حيث لا يوجد تعريف مباشر وواضح لاشتراطات الواقف من خلال المراجع المطلع عليها، و إنما يأتي الكلام عنها كنظام لمؤسسة الوقف وذلك باستعمال مصطلح "إذا اشترط..." " إذا لم يشترطه" أي الواقف.

فبتطبيق نص المادة 2 من قانون الأوقاف 91-10 على المذهب الشافعي فيمكن القول أن الشروط المقترنة بعقد الوقف عند الشافعية هي أن مسار الوقف على شروط الواقف، وذلك مهما كان حكم ذلك الوقف سواء أخذ فيه برأي أن ملك الوقف هو باق للواقف، أو آيل للموقوف عليه أم منتقل إلى الله عز وجل[2]، ففي جميع الأحوال ينفذ وفق إرادة الواقف[3].

---

[1] انظر في ذلك: بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر الدميري أبو البقاء ،الدرر في شرح المختصر للإمام لبهرام المدميري، مج 1،ط1، لسنة 2014، دار الشؤون الإسلامية والأوقاف، قطر، و أبو البركات أحمد بن مُحَمَّد بن أحمد الدردير العدوي ، شرح الصغير على أقرب مسالك إلى مذهب الإمام مالك، للدردير، ج4، دار المعارف، وكذلك، عبد الرحمان المغربي ، مواهب الجليل لشرخ مختصر الخليل، ج7، دار عالم الكتب للطباعة و النشر و التوزيع.

[2] سيأتي التفصيل في هذه المسألة في الباب الثاني من الدراسة.

[3] راجع في ذلك : سليمان بن مُحَمَّد بن عمر الشافعي البجيرمي ،حاشية الشيخ سليمان بن مُحَمَّد بن عمر البيرمي الشافعي البيجرمي على الخطيب، ج3، دط، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن، ص.627.

فقد جاء في الحاوي الكبير :" مسألة قال الشافعي رحمه الله ((وهي على ما اشترط من الآخرة والتقدمة)).

وقال الماوردي :((اعلم أن الوقف عملية يرجع فيها على شرط الواقف فإذا وقف على أولاده وكانوا موجودين...))[1].

وبهذا يتضح كذلك أن الشافعية أخذوا بقاعدة " شرط الواقف كنص الشارع"، ويلاحظ كذلك أنهم لم يتطرقوا إلى المقصود بشرط الواقف، وإنما كانوا يخوضون فيه مباشرة وذلك بشكل تطبيقي على الاشتراط حول الغلة والاستحقاق، والولاية وغير ذلك من مجالات الاشتراط التي سيتم التطرق لها في الباب الموالي.

4-تعريف الحنابلة للشروط المقترنة بعقد الوقف

بالعودة إلى مراجع الفقه الحنبلي نجدها تطرق إلى موضوع شرط الواقف، إلا أنها لم تقدم تعريفا لها كغيرها من مراجع المذاهب السابقة، وإنما كان الحديث مباشرة في مجال الاشتراط الذي يصح للواقف أن يشترط فيه سواء في مصارف الوقف، أو في الولاية عليه، ولكن الشيء الظاهر من مراجع الفقه الحنبلي أن شرط الواقف هو عماد المؤسسة الوقفية، فهم لم يختلفوا عن المذاهب الأخرى في مركز الشروط المقترنة بعقد الوقف بالنسبة لمؤسسة الوقف، وإنما يقع الاختلاف في مدى صحة، وفساد وبطلان الشروط في حد ذاتها والتي سيتم معالجتها من خلال الفصل الموالي

ومن خلال ما تم الاطلاع عليه حول مسألة الاشتراط في عقد الوقف في كتب الحنفية نجدها تلزم العودة على شرط الواقف فيما يتعلق بمصارف الوقف والولاية عليه.

ونستعرض أهم ما جاء في الفقه الحنبلي بخصوص الشروط المقترنة بعقد الوقف، فقد جاء في شرح منتهى الإرادات :" ويرجع لشرط الواقف، ومثله استثناء، ومخصَّص من صفةٍ وعطفٍ وتوكيد وبدل..."[1].

[1] الحاوي الكبير، المرجع السابق، ص.528.

كما جاء كذلك في دليل الطالب :"...ويرجع في مصرف الوقف إلى شرط الواقف، فإن جهل عمل بالعادة الجارية..."[2].

وقد جاء في شرح الزركشي على متن الخرقي :" يرجع إلى شرط الواقف في الجمع والترتيب وغير ذلك..."[3].

وجاء كذلك في أخصر المختصرات :" ...ويجب العمل بشرط الواقف إن وافق الشرع..."[4].

ومن خلال تطرقنا إلى المفهوم العام للشرط، وتمييزه عن ما يشابهه من مصطلحات، والتعمق في أنواع الشروط التي أحالتنا بدورها إلى مفهوم الشروط المقترنة بعقد الوقف، وبتعبير أدق اشتراطات الواقف ننتقل في الفصل الموالي إلى دوائر هذه الشروط وأحكامها وفقا للقانون الجزائري، والفقه الإسلامي.

[1] المتصدر بن يوسف البهوتي، شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ج4، ط1، مؤسسة الرسالة الناشرون د.ب.ن، 2000، ص.352.

[2] مرعي بن يوسف الحنبلي، دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، ط2، 1929، منشورات المكتبة الإسلامية، ص.171.

[3] شمس الدين أبو عبد الله مُحَمَّد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على متن الخرقي، مج2، ط3، مكتبة الأسدي، د.ب.ن 2009، ص.609.

[4] مُحَمَّد بن بدر الدين بن بلبان الدمشقي الحنبلي، أخصر المختصرات، ط1، 1996، دار البشائر الإسلامية، ص.199.

الفصل الثاني

قواعد في الشروط المقترنة بعقد الوقف

اشتراطات الواقف لا تعدو أن تكون مجرد شروط تدرج ضمن عقد معين لتحدد شريعته إنما هي اشتراطات تفردت بخصوصيتها المنبثقة أصالة عن خصوصية نظام الوقف، كونه نظام فريد من نوعه، فهو ليس عقد كباقي العقود؛ ولا شخص اعتباريا كباقي الشخصيات القانونية الاعتبارية؛أو تصرفا قانونيا وشرعيا كسائر التصرفات؛ فاشتراطات الواقف تميزت بجملة من الأحكام الخاصة التي تتعلق أساسا بالغاية من الوقف والهدف من إنشائه.

ولفهم اشتراطات الواقف لابد من الخوض في البعض المسائل التفصيلية التي تتعلق بسلامتها ومدى موافقتها لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، بالإضافة إلى مدى إلزامية هذه الاشتراطات، ومدى حصانتها وصلابتها في وجه التعديل أو الإلغاء، وما طبيعة المبررات الشرعية والقانونية التي قد تسمح بالمساس بتلك الاشتراطات، وما معايير ذلك؟ وكيف يتم حماية اشتراطات الواقف من التحريف، أو الضياع؟

ولمعالجة المعطيات المذكورة أعلاه، سيتم التطرق إلى الصحيح من هاته الشروط، والباطل منها (المبحث الأول)، إضافة إلى الأسس، والمقتضيات التي تحكم الشروط المقترنة بعقد الوقف (المبحث الثاني)، أو بمعنى أدق اشتراطات الواقف.

المبحث الأول

دوائر الشروط المقترنة بعقد الوقف

من خلال هذا المبحث سيتم الوقوف على ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، والقانون الجزائري في اعتبار اشتراطات الواقف – الشروط المقترن بعقد الوقف– من الشروط الصحيحة التي يمكن للواقف أن يُدرجها في عقده (المطلب الأول)، أو من الشروط الباطلة التي لا يجوز إدراجها.

وذلك باستعراض آراء الفقه الإسلامية بهذا الخصوص (الفقهاء الأربعة)، بالموازاة مع أحكام قانون الأوقاف الجزائري المعدل والمتمم، والتي تعد شحيحة إذا ما قراناها مع ما جاء به الفقه الإسلامي، فقانون الأوقاف الجزائري لم يُفصل المسائل الخاصة باشتراطات الواقف فاتحا المجال للرجوع إلى آراء فقهاء الشريعة في هذا الصدد من خلال المادة الثانية منه التي أجازت ذلك.

المطلب الأول

الشروط الصحيحة المقترنة بعقد الوقف

إن مسألة الاشتراط في العقد تخضع إلى ضوابط قانونية وشرعية تحكمها، فالأصل فيها من الناحية القانونية والشرعية الحرية في وضع الشروط، فللمتعاقد أن يضع ما يشاء من بنود تنظم عقده.

وبالرغم من الغموض وعدم صراحة المشرع الجزائري في إطلاق الحرية للمتعاقد في اشتراط ما يشاء في عقده[1]، نجد في الوقت ذاته أنه وضع نص قانوني يستشف منه موقفه من هذه المسألة، وهي المادة 106 من القانون المدني، والتي تنص:" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه،ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب يقررها القانون" فيتضح من خلال هذه المادة أن المشرع فتح الباب أمام

[1] نور الدين المطاعي، المرجع السابق، ص. 154، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، ط5لسنة 2003، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص.85-86.

المتعاقدين، أن يضعا ما يشاءان في عقدهما، وهما اللّذين يحددان آثار العقد، فكل ما يترتب عن كتاب العقد وجب الالتزام والوفاء به، إلا أن هذه الحرية في التعاقد ليت مطلقة عند المشرع الجزائري فقد جعل لها استثناءات ترد عليها.

فالقيود التي وضعها المشرع الجزائري الحكمة منها هي عدم تصادم الاشتراطات التي يضعها المتعاقدان مع النظام العام والآداب العامة، ومفاد ذلك أن للمتعاقد أن يضع ما يشاء في عقده من الشروط على أن يراعي في ذلك فكرتي النظام العام، والآداب العامة.

أما مسألة تقييد أو إطلاق الاشتراط في ضوء الفقه الإسلامي، فلهذه الأخيرة كذلك قواعد وأحكام يتقيد بها المتعاقد في وضع شروطه، فبالرغم من أن الأصل في الاشتراط عند غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية من المتقدمين الإباحة خاصة فيما يتعلق بالاشتراط في الوقف[1]، إلا أن الفقهاء المعاصرين يحظرون الاشتراط في العقد[2].

ولكن وكما تقدم سابقا فالمشرع الجزائري يقدس إرادة المتعاقد – مبدأ سلطان الإرادة– وهذا المبدأ يقابل في مجال الاشتراط في عقد الوقف مبدأ مهم أيضا وهو :" شرط الواقف كنص الشارع" والذي يمثل المعلم الذي تتحدد منه كل النقاط الخاصة بموضوع اشتراطات الواقف.

[1] مُحَمَّد عبيد عبد الله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، ج1، دط، مطبعة الرشاد، بغداد، 1977، ص.271 وما يليها.

[2] الأصل العام في الشروط عند الفقهاء الحنفية والشافعية والمالكية الحظر، وعند الحنابلة فإن الأصل هو الإباحة لا الحظر ما دام أن الشرع لم ينص على تحريمه، وإبطاله نصا أو قياسا، ومع ذلك قد وضع الفقهاء جملة من الأحكام الدقيقة والقواعد المتينة التي تحكم ما يندرج ضمن الشروط الصحيحة، وما يأخذ حكم الشروط الباطلة.

ورغم بعض الفروقات بين الفقهاء الأربعة إلا أن الضوابط المشتركة التي تحكم الشروط الصحيحة هي كالتالي:

- أن تتضمن الشروط معنى من معاني البر ولا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية.
- أن تكون هذه الشروط مما تعارفه الناس وفيه تحقيق للمنفعة والمصلحة المشروعة.
- أن تكون الشروط غير مخالفة لمقتضى العقد ملائمة له، عثمان مُحَمَّد شبير، المرجع السابق، ص.69 إلى79.

ومن هذا المنطلق، سوف يتم التطرق من خلال هذا المطلب إلى مضمون القاعدة الشهيرة الخاصة بالاشتراط في الوقف " نص الواقف كنص الشارع" (الفرع الأول)، ثم توضيح الشروط الصحيح التي يمكن مخالفتها، والتي لا يمكن (الفرع الثاني)، ثم استعراض الشروط العشرة المرتبطة بعقد الوقف ، والتي تتضمنها ألفاظ الواقفين (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تفسير قاعدة " شرط الواقف كنص الشارع"

كما هو معلوم أن اشتراطات الواقف تشمل كل ما يمليه الواقف في حجة الوقف، بمحض إرادته ليعبر به عن غايته، ومقاصده، والكيفيات المتبعة في النظارة عليه وتوزيع غلته[1]، وقد تكون هذه الشروط متعلقة بأصل الوقف، كتحديده بمدة معينة، أو تأبيده، وقد تكون متعلقة بغير ذلك كشروط الاستحقاق فيه...ونظرا لأهمية اشتراطات الواقف في تكوين شريعة العقد، وتحديد معالمه فقد أكسبها الفقهاء نوعا من الحصانة، والقدسية بقولهم " شرط الواقف كنص الشارع" وهذا يعطي دلالات عميقة على وجوب إتباع شرط الواقف والعمل بها، فمدلول هذه العبارة يقوم على الجمع بين أساسين اثنين هما:

- وجوب العمل باشتراطات الواقف، وعدم جواز مخالفتها؛
- فهم المراد والغاية من اشتراطات الواقف؛

ويكون ذلك من خلال فهم مقتضى شروطه وفقا لأصول الفقه، ونظرياته العامة، حيث يجب اعتبار شرط الواقف بمثابة نص تشريعي يجب فهمه من أجل تنفيذ شرط الشارع من خلال القواعد والأصول التي تؤدي للفهم الصحيح، لا تجعل أي مجال للفهم الخاطئ[2]، رغم أن العلماء اختلفوا في

[1] محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص.371.

[2] أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، المرجع السابق، ص.155-156.

تحديد دلالات عبارة :" شرط الواقف كنص الشارع"، فمنهم من فسرها على أنها كنص الشارع من حيث الدلالة والفهم، لا من حيث وجوب العمل بها، وحجتهم في ذلك أن اشتراطات الواقف تخالف في كثير من الأحيان أنصبة الميراث،مثل إعطاء البنين وحرمان البنات،والتي تخالف في مجملها قيم الشريعة الإسلامية[1].

ويتعلق مجال إعمال قاعدة " شرط الواقف كنص الشارع" في الشرط الصحيحة دون سواها من الشروط، والتي سيتم التفصيل فيها من خلال العنصر الموالي، فتطبيق القاعدة على شرط الواقف يستند على مدى صحته من خلال ثلاثة أوجه، هي:

- يقتضي أن يكون شرط الواقف صحيحا ليتم العمل بموجبه، كما هو الحال بالنسبة لنص الشارع؛

- يجب أن تفهم شرط الواقف، بالنفس النهج الذي يُسلك في فهم نصوص الشارع من حيث الدلالة والمعنى، فيُؤخذ النص على إطلاقه ما لم يوجد ما يقيده؛

- أن يُراعى العرف، وقواعد اللغة، في تقصي معاني ألفاظ الواقف وعباراته، كما هو الحال في مراعاة نصوص الشارع انطلاقا من ما يقتضيه العرف، وما تدل عليه اللغة[2].

وعن موقف المشرع الجزائري فقد نصت المادة 14 من قانون الأوقاف على:" اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها"وعليه فإن المادة أفصحت على جوهر الاشتراطات والذي يمثل النظام الذي يقوم عليه الوقف، والذي يسري بموجبه باعتباره يعكس الإرادة الحقيقة للواقف ومراميه من ذلك، على أن تكون هذه الاشتراطات غير مخالفة لقواعد الشريعة الإسلامية كما نصت المادة، فاشتراطات الواقف واجبة التطبيق مادامت صحيحة من منظور الشرعي، ما لم يوجد مانع من تطبيقها.

[1] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.198-199.

[2] موسى سالمي، المرجع السابق، ص. 92 إلى 95.

الفرع الثاني

مضمون الشروط الصحيحة المقترنة بعقد الوقف

لقد أرسى القانون الجزائري المعيار الذي يحكم صحة الاشتراطات التي يضعها المتعاقدان في العقد من خلال المادة106 من القانون المدني المذكورة سابقا، فالشروط الصحيحة من منظور المادة عي الشروط التي يقتضيها العقد، أو هي الشروط الملائمة له، والتي لا تناقض مقتضى العقد ولا تتنافى مع ما جرى به العرف[1].

أما قانون الأوقاف باعتباره يمثل المرجع الأساسي، ومصدر القواعد الخاصة للدراسة، فإنه لم يحدد طائفة الشروط الصحيحة، ولم يعددها، وإنما وضع معيارا لتصنيفها صحيحة أو باطلة، وهو عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، من خلال عدم النهي عنها من خلال نص المادة 14 المذكورة أعلاه، ويُفهم من هذه المادة أن القانون الجزائري فتح المجال للواقف الاشتراط ما يشاء على أن يراعي في شروطه الشريعة الإسلامية[2]، وقد أعطى الفقه الإسلامي وصفا للشرط الصحيح الخاص بالوقف بقولهم:" كل شرط وصفه الواقف لا يُخل بحكم الوقف، ولا يتنافى مع أصله، ولا يُؤثر في منفعته، و لا يُضر بالموقوف عليهم فهو شرط جائز معتبر يجب العمل به، وأكثر شروط الواقفين من هذا النوع..."[3].

ونظرا للشُّح في التفصيل الذي يشوب النصوص القانونية، سيتم الاستناد على المادة 2 من قانون الأوقاف، والمادة 222 من قانون الأسرة في الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، وتحديد

[1] نور الدين المطاعي، المرجع السابق، ص.274.

[2] حيث أكدت على ذلك المادة 218 من قانون الأسرة:" ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعا...".

[3] صالح بن حسن مبعوث، شروط الواقفين أحكامها وأثرها على الوقف دراسة فقهية مقارنة، جامعة أم القرى، السعودية د.س.ن ص.89.

مضمون الشروط الصحيحة التي يمكن للواقف اشتراطها، وهل كل الشروط وجب تطبيقها واحترامها، أم هناك شروط جاز مخالفتها، أو عدم تطبيقها؟

أولا: الشروط الصحيحة الجائز مخالفتها

إن الواقف في إطار إنشاء عقد الوقف يضع شروطا يُدار بها وقفه، وهذا ما أجازه له الشرع والقانون، على أن تكون هذه الشروط صحيحة في منظور الاثنين.

وبالعودة إلى قانون الأوقاف 91-10 فإنه أعطى المعيار الجوهري الذي يُفرق به بين الشروط الصحيحة والشروط الباطلة في كونها لم تخالف ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية لكنه لم يفرق بين الشروط الصحيحة التي يمكن مخالفتها، والشروط الصحيحة التي لا يمكن مخالفتها، وهذا بدوره يقودنا للبحث في هذا النوع من الشروط في ثنايا الفقه الإسلامي، نفصل في ذلك على النحو التالي:

1-المقصود بالشروط الصحيحة الجائز مخالفتها:

يقصد بالشروط الصحيحة التي يجوز مخالفتها، هي تلك الشروط التي لا تنطوي على مخالفة للشرع، أو تنطوي على ضرر أو عبث، وإنما يكون فيها غرض الواقف سليما ليس فيه مانع شرعي وكثيرا ما تتعلق هذه الشروط بكيفيات استثمار الوقف، وطرق الانتفاع به، مما قد يتعارض أحيانا مع مصلحة الوقف، بين يصبح شرط الواقف الشرط الذي يحول دون تحقيق مصلحة الوقف، أو المستحقين فيه، أو قد يصبح الشرط في حد ذاته عسير التطبيق، ولا تتعلق الحيلولة أو العسر بالشرط في حد ذاته، وإنما لظروف وعوارض طارئة، وبالتالي يجوز مخالفتها بإذن القاضي إذا تعلق بالمال الموقوف، أو طريقة استثماره المشروطة، وأحيانا دون إذن القاضي إذا تعلق الأمر بغير هذه المسائل وتتعلق في غالب الأحيان بحقوق المستحقين[1].

[1] مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، المرجع السابق، ص. 147.

2-أصناف الشروط الصحيحة الجائز مخالفتها:

يُمكن تصنيف الشروط التي يجوز مخالفتها، إلى الفئات الموضحة أدناه:

- كل شرط قد يؤول إلى تعطيل استثمار الوقف أو قلة الثمر:

وكثيرا ما يرتبط هذا النوع من الشروط، في حال ما إذا منع الواقف من خلال شرطه إجراء الاستبدال، والذي قد يضر بمصلحة الوقف في حال خراب، وتوافر مبررات الاستبدال، ووجود البدل المناسب، وإجراء الاستبدال يُعتبر من أخطرها، وسيتم التفصيل فيه لاحقا؛

- كل شرط في مصارف الوقف قد يؤول إلى التعذر:

كأن يشترط الواقف أن تُوجه مصارف الوقف، وغلاته إلى فئات معينة بذاتها، وفي حالة انقراض أو انعدام هذه الفئة بعينها فإنه يجوز مخالفة الواقف، وجعلها لفئة أخرى أحوج منها مثلا،مدام في ذلك تحقيق للمصلحة؛

- كل شرط قد يؤدي إلى غبن القائمين بأعمال الوقف الضرورية في أجورهم:

وتتعلق هذه الحالة في حال ما إذا حدد الواقف أجرا للقائم على الوقف، ثم تبين أن هذا الأجر أقل من أجر المثل، أو انه كان في الأصل مناسبا ومع تغير ظروف الحال أصبح بخلاف ذلك، فإنه يجوز للقاضي أن يراجع أجر متولي الوقف خاصة إذا كانت الوقف يدر مصارف كثيرة؛

-كل شرط تكون مخالفته أسهل في تنفيذه دون الإخلال بمقصود وغرض الواقف:

يحدث ذلك فيما لو اشترط الواقف للمستحقين غلاة عينية، فلو تعلق الأمر بعقار موقوف،جاز أن يسكن فيه المستحق، على أن يأخذ بدل الإيجار لأن السكنى أيسر من الإيجار،باعتبار أن حق السكنى لا يرتب حقا للغير كحق الاستغلال.[1]

ويتضح من أصناف الشروط المذكورة أعلاه، أنه لا يوجد فيها مخالفة للشرع، أو إضرار بمصلحة الوقف، بل هي توجيه صحيح وقويم لإرادة الواقف بما يخدم مقاصد وقفه، فهي صحيحة في أصلها وغير باطلة، ويجب العمل بها ما لم يكن التقيد بها يؤدي إلى غبن، أو ضرر كما أسلف الذكر، وفي حال زوال العارض، أو الغين أو الضرر إستأنف العمل بها من جديد، وفي ذلك إشارة قوية لاحترام اشتراطات الواقف وإرادته[2].

ثانيا: الشروط الصحيحة غير جائز مخالفتها

إن الشروط التي يضعها الواقف في عقده تمثل الدستور الذي يكون عليه الوقف،ولذلك وجب الأخذ بشروطه، وتنفيذها وهو ما أكد عليه قانون الأوقاف الجزائري في المادة 14 منه والمادة 218 من قانون الأسرة، وقد سبق الحديث عن الشروط الصحيحة التي يجوز مخالفتها والضوابط التي تحكمها في ضوء الفقه الإسلامي، نظرا لكون المشرع الجزائري لم يفصل في هذه القضية فاسحا المجال للرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، والأمر نفسه يتعلق بالشروط الصحيحة التي لا يجوز مخالفتها مما يستعدي العودة مجددا لمواقف الفقه الإسلامي في هذا الخصوص.

[1] مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، ص.148 وما يليها.

[2] المرجع نفسه ، ص. 150.

وقد اتفق الفقهاء على وجود شروط صحيحة في أصلها مع عدم وجوب مخالفتها في أي حال من الأحوال[1]، فهي من فئة الشروط الواجب احترامها احتراما مطلقا، في نظر الفقهاء لكونها تتعلق بإرادة الواقف المطلقة، وهي ما يُطلق فيها حقها من حيث وجوب احترامها وتطبيقا وفهم دلالاتها القاعدة المشهورة " شرط الواقف كنص الشارع" وعادة ما تتعلق هذه الشروط بتعيين المال الموقوف (عقار، منقول، منفعة)، وواجبات القائمين على الوقف(الشروط الواجب توافرها في ناظر الوقف، أو تعيينه بذات)، وكيفيات توزيع الغلة(بالتساوي...)، فهي لا تتعلق بالاستثمار ولا كيفية الانتفاع بالمال الموقوف، ولا يمكن تصور وقوع طارئ أو ظرف يحول دون تنفيذها ولكون أن إرادة الواقف محترمة شرعا فيما يقف من ماله، وفي ما يتعلق بشروط الاستحقاق وشروطه ومقاديره، فوجب إتباع اشتراطات الواقف قي ذلك[2].

[1] اتجه الحنفية إلى التأكيد على أنه هذه الشروط لا يجوز مخالفتها حتى لو اقتضت الضرورة أو المصلحة ذلك، فلا يسمح بمخالفتها سواء من الناظر، أو المستحق، أو الحاكم، أو القاضي، فيجب العمل بها كما هي، فهذه الشروط لا تتعلق عندهم بأساليب الاستثمار، وإنما تتعلق بتوزيع الغلة، ولاستحقاق، وهذا النوع من الشروط يجب احترامه والأخذ به، مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، المرجع السابق، ص.152، وذهب المالكية إلى ذلك فلو اشترط الواقف للنظر على الوقف إلى شخص معين وجب العمل بشرطه، الصادق عبد الرحمان العرياني، المرجع السابق، ص.235، وانظر كذلك، عبد الحليم صقر، اقتصاديات الوقف دط، دار النهضة العربية، مصر،1998، ص.92، وكذلك الشافعية أكدوا على وجوب مراعاة شرط الواقف ما لم تنطوي على ما يخالف الشرع، عبد الرؤوف بن تاج العارفين الشافعي، كتاب تسيير الوقوف على غوامض على أحكام الوقوف، ج1، ط1 لسنة 1998، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ص.97، وهو أيضا ما ذهب إليه الحنابلة، على وجوب اعتبا شرط الواقف ما لم يكن مخالفا لمقتضى الوقف، أو منهيا عنه شرعا، خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح،الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، ج2 ط1 لسنة 2013، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،قطر، ص. 79

[2] مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، المرجع السابق، ص. 152.

الفرع الثالث

الشروط العشرة المقترنة بعقد الوقف

تمثل" الشروط العشرة" أهم الشروط الخاصة التي يجعلها الواقف في عقد الوقف، وتندرج ضمن الشروط الصحيحة، وتبقى قضية جواز مخالفتها من عدمه مرهونة بموافقة مضمون الشرط لأحكام الشرع والقانون من جهة، وما بما تمليه مصلحة الوقف، والضرورة من جهة أخرى.

وتعتبر " الشروط العشرة" من مفرزات المذهب الحنفي، حيث أجازها الأحناف، وكثرت في أوقاف المتأخرين، واصطلح عليها الموثقون " الشروط العشرة"[1]، لكونها تعبر عن جملة الرغبات يبديها الواقفون في حجج أوقافهم؛ ليحتفظوا لأنفسهم بالحق في تغيير مصارف الوقف، أو استبدال أعيانه[2].

ونستعرض تلك الشروط على النحو الآتي:

أولا: الشروط المرتبطة بأصل العين الموقوفة

وتتمثل الشروط المتعلقة بأصل العين الموقوفة بشرطين متلازمين، وهما " الاستبدال والإبدال" فلا يمكن الحديث عن الاستبدال دون وجود إجراء لاحق وهو الإبدال، ودون التفصيل في إجراء الاستبدال والذي سيتم البحث فيه في الأطوار اللاحقة، فيراد بالإبدال باختصار إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها، أما الاستبدال هو أخذ البدل ليكون وقفا مكانها[3].

وما يجب التأكيد عليه، أن هذين الشرطين متلازمين تلازما مطلقا، فالاستبدال لازم للإبدال، فإذا خرجت العين من الوقف بالبيع عن طريق الاستبدال، وجب أن تحل محلها عين أخرى عن طريق الإبدال، وعليه إذا ذُكر الشرطان معاً طُبق المعنى المذكور، وإذا ذُكر أحدهما منفردا دون الآخر فيُفسر بمعنى يجمعهما معا، لتلازمها ويطبقان وكأنهما ذُكا معاً، فعلى سبيل المثال: لو ذُكر إجراء الاستبدال

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص. 169.

[2] صالح بن حسن مبعوث، المرجع السابق، ص.97.

[3] زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.59.

وحده، فُهم منه بيع العين الموقوفة، وإحلال عين أخرى محلها، وكذلك الأمر لو ذُكر الإبدال[1].

ثانيا:الشروط المتعلقة بمصارف الوقف

تتمثل في الشروط التالية:

1- الزيادة والنقصان:

ويقصد بزيادة هنا، الزيادة في الأنصبة[2]، والزيادة كشرط هي تفضيل الواقف بعض الموقوف عليهم دون الآخرين بالزيادة في حصصهم، ويشترط في الزيادة أن لا تؤدي إلى حرمان البعض من المستفيدين كلية[3].

أما شرط النقصان أو الإنقاص، فهو أن ينقص الواقف لمستحق معين، أو فئة معينة من النصيب المستحق[4].

ويُعرف النقصان كذلك، بأنه التعديل في الأنصبة، والمرتبات المخصصة للمستحقين بشرط أن لا يؤدي هذا النقصان إلى الحرمان من الاستحقاق، لأنه في هذه الحالة لا يعتبر نقصاناً، وإنما هو حرمان وإخراج من الوقف[5].

2- الإعطاء والحرمان:

الإعطاء هو تخصيص بعض المستحقين بغلة الوقف كلها أو بعضها مدة معينة أو دائماً ويُعرف كذلك على أنه تخصيص ريع الوقف كله أو جزء منه لبعض الموقوف عليهم لمدة معينة أو دائماً [1].

[1] مُحَمَّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص. 173.
[2] المرجع نفسه، ص. 170، وخير الدين مشرنن، المرجع السابق، ص.50.
[3] زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 56-57.
[4] مُحَمَّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص. 169.
[5] زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع السابق، ص. 531.

أما عن معنى الحرمان فهو منع الغلة عن بعض المستحقين مدة معينة أو دائماً[2].

3- التخصيص والتفضيل:

يقصد بالتخصيص أنه حصر غلة الوقف بأحد المستحقين فيه[3]، أما التفضيل فهو ترجيح بعضهم بفضل من النصيب عن غيرهم[4].

ثالثا: الشروط المتعلقة الموقوف عليهم

وتتعلق بشرطين اثنين، وهما: الإدخال، والإخراج[5].

حيث يعتبر الإدخال من الشروط المرتبطة بالموقوف عليهم، فللواقف الحق في إدخال من يشاء في الانتفاع من الوقف، فالإدخال هو جعل غير المستحق فيه مستحقاً[6]، ويقصد به كذلك جعل من ليس مستحقا في الوقف من ذوي الاستحقاق مستحقاً[7].

والمقصود بالإخراج جعل المستحق غير وقوف عليه، وذلك بأن يخرجه من صفوف المستحقين فلا يكون من أهل الاستحقاق[8]، وهكذا يمكن للوقف أن يخرج من يشاء من المستحقين، وجعل غير المستحق مستحقا في الوقف[1].

---

[1] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ص. 113.

[2] المرجع نفسه، ص. 113.

[3] مُحَمَّد أحمد الزرقا، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص. 166.

[4] المرجع نفسه، ص.168.

[5] المحكمة العليا، الغرفة العقارية،1986/5/5، ملف رقم 41110 (غير منشور):"...إن الحبس هو عقد خصه الفقه، وقيده بشروط خاصة مما لا يمكن اعتباره كالوصية، بل عقد صحيح يخضع لإرادة المحبس ولا يمكن إبطاله بأي وجه من الأوجه ما دام أن الحبس مؤسسه قد بناه على قواعد فقهية ثابتة كانت معمول بها وقتئذ، ولا يعاب عليه اختيار المذهب في ذلك ولا إخراج من شاء من المحبس عليهم"، نقلا عن عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص.332.

[6] مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص. 166.

[7] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ص.113.

[8] مُحَمَّد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 170.

وقد يقع التباس بين شرطي الإدخال والإخراج، والإعطاء والحرمان يكمن في أن هذا الأخير لا يشمل إلا أهل الوقف والمستحقين فيه، على عكس الإدخال الذي يقتضي منح حق الانتفاع لمستحقين جدد، وكذا الإخراج الذي قد يخرج من كان أهلا للاستحقاق نهائيا[2].

والشروط العشرة المكورة بكل ما تحمله من معاني، يجب أن ترعى فيها القواعد التالية:

- – يجب النص على الشروط وقت إنشاء عقد الوقف، فإذا أُبرم الوقف دون ذكر الشروط سقط حق الواقف في التغيير والتبديل[3]، ولا يمكن للواقف تحت أي مبرر أن يُدرج شرطا من الشروط[4] ما لم يأذن القاضي بذلك؛
- تطبق هذه الشروط على أصل العين الموقوفة ومصارفها وغلاتها ولا تتعلق بأحكام الولاية على الوقف؛
- يمكن أن يشترط الواقف الشروط العشرة وما في معناها لنفسه، ولغيره[5]؛
- في حال ما إذا أعطى الواقف للغير سلطة التعديل في الشروط، لا يمكن استعمال حق التعديل إلا في حياة الواقف[6]؛
- لا يمكن تكرار استعمال الشروط العشرة إلا إذا نُص على التكرار في عقد الوقف؛
- الشروط العشرة قابلة للإسقاط ويكون ذلك وفقا للمقتضيات الشرعية؛
- الشروط العشرة لا تفرق في حالة الواقف فيما إذا كان في حال الصحة أو المرض فشروطه تكون

---

[1] أحمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص.113.

[2] صالح بن حسن المبعوث، المرجع السابق، ص.99.

[3] حيث أن بعض الواقفين يكتفون بهذين الشرطين لكونهما يجمعان جميع الشروط العشرة بمعانيهما وأحكامهما، فيرى أغلب الفقهاء أن التبديل والتغيير عند اجتماعهما يفيدان كل تغيير على شروط عقد الوقف، مُحَمَّد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص.378، بحيث يمكن للواقف أن يحفظ لنفسه الحق في تغيير شروطه السابقة، ناصر بن عبد الله الميمان، مخالفة شرط الواقف مشكلات وحلول، المؤتمر الثاني للأوقاف، السعودية، د.س.ن، ص.8.

[4] أحمد الكبيسي، المرجع السابق، ج1، ص. 301.

[5] مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص. 172.

[6] المرجع نفسه، ص. 173.

نافذة لتعلقها بغلة الوقف لا بأصل العين الموقوفة، فلا يمكن للورثة الاحتجاج لأن حقهم لا يتعلق بغلة الوقف من جهة، ولأنه الواقف تصرف من كونه متولي للوقف وليس بكونه مالك للعين الموقوفة، وعلى هذا الأساس فالشروط العشرة لا تتوقف على إجازة الورثة[1].

وبعد الحديث عن مضمون الشروط الصحيحة، وما يجوز منها، وما لا يجوز، وتعلقها بقاعدة " شرط الواقف كنص الشارع"، إضافة إلى التعريج على الشروط العشرة والقواعد التي تحكمها ننتقل إلى مضمون الشروط الباطلة في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

الشروط الباطلة المقترنة بعقد الوقف

قد يقع على اشتراطات الواقف أن تكون صحيحة، كما قد يقع عليها وصف البطلان فهناك من الشروط ما قد تبطل الوقف في حد ذاته، فيُحل عقد الوقف ويُبطل وهناك من الشروط ما تُبطل نفسها دون أن تكون مُبطلة لعقد الوقف ذاته[2].

وقانون الأوقاف الجزائري تعامل مع الشروط الباطلة، كما تعامل مع الشروط الصحيحة حيث لم يحدد مضمون الشروط الباطلة، أو المعايير التي تضبط فيما إذا كان الشرط باطل، أو يحمل وصفا آخر، ولكن يُفهم من نص المادة 14 من قانون الأوقاف قياسا على الشروط الصحيحة، أن أحد المعايير الأساسية في تحديد بطلان الشرط هو تعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

وقبل الخوض في تبيان الشروط البطلة المقترنة بعقد الوقف، وجب الوقوف على القواعد العامة الخاصة بالشرط الباطل في ضوء القانون الجزائري و الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، وذلك لمعرفة مدى تعامل القانون الجزائري، والفقه الإسلامي مع هذه القضية، ثم تقصي بطلان شروط المقترنة

[1] مُحَمَّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص.175وما يليها.

[2] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج2، ص. 73.

بعقد الوقف ومدى ملائمتها مع القواعد العامة، ومصلحة ومقتضيات العقد في آن واحد (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

أسباب بطلان الشروط

إن البحث في مضمون الشروط الباطلة، وكذا الأحكام التي تُنظمها وتضبطها، يُلح بالرجوع إلى القواعد العامة، بغية التحديد الدقيق للمقصود بالشروط الباطلة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، لمعرفة الحكم المترتب عن الشرط والعقد معاً.

ويقصد بالشرط الباطل في الفقه القانوني بأنه: كل شرط يكون غير ممكن أو مخالف للنظام العام والآداب العامة، وهو أيضا كل شرط لا يوافق مقتضى العقد بحيث يُناقض، وينافي أحكامه الجوهرية، بحيث لا يلائمه ويجعله مخالف لما هو متعارف عليه بين الناس، ويندرج ضمنه كل شرط لا ليس في نفع لأحد المتعاقدين، أو للغير ممن هو أهل للانتفاع مما يلحق الضرر، أو يؤدي إلى غرر، أو يُخل بأي أمر من الأمور المعتبرة في صحة العقد من الناحية القانونية[1].

والمشرع الجزائري من خلال القانون المدني فكما أنه لم يُعرف الشرط المقترن بالعقد، فإنه لم يعرف كذلك الشرط الباطل المقترن بالعقد، فالمشرع الجزائري حذا حذو أغلب التشريعات في إدراجه لمشروعية الشرط باعتباره وصفا من أوصاف الالتزام، وليس مشروعيته من حيث كونه شرطا مقترنا بالعقد، وهو ما نصت عليه المادة 204 من القانون المدني التي جاء فيها:" لا يكون الالتزام قائما على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالفا للآداب أو للنظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا، أما إذا كان الشرط فاسخا، فهو نفسه الذي لا يعتبر قائما.

[1] نور الدين المطاعي، المرجع السابق، ص. 283-284.

غير أنه لا يقوم الالتزام الذي على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام".

ويتضح من خلال ما سبق، أن هذه الشروط تدخل على العقد فتأثر فيه، وهي في ذلك على ثلاثة أوضاع، فإما أنها تَبْطل ويصح العقد، أو أنها تبطل هي و العقد، فأما هذه الأخيرة فيكون الباعث فيها أصلا، والدافع إلى التعاقد هو مخالف للنظام العام، أو مخالف لمقتضى العقد كما أوضحت المادة، أما تلك الشروط التي تُلغى ويبقى العقد صحيحا ومنتجا لآثاره، فهي التي لا تتعلق بالدافع الباعث للتعاقد[1].

أما عن المقصود بالشرط الباطل في الفقه الإسلامي، أو بمعنى أدق الضابط الذي يجعل من الشرط باطلا، فعند الحنفية هو: كل شرط يُؤدي إلى ما هو محظور شرعا، أو أن تكون مما لا يقتضيها العقد، ولا ملائمة لمقتضاه، ولا مما تعارف الناس التعامل بها، أما المالكية فإن كل شرط يؤول إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة العقد، أو غرر في العقد، أو يؤدي إلى الوقوع في المحظور، أو أن يكون منافياً لمقتضى العقد، وأما ضابط الشرط الباطل عند الحنابلة فهو أن لا يخالف الشرع فيُحل حراما، أو يُحرم حلالا فيؤدي إلى غرر وجهالة مفضية إلى النزاع، أو أن يُنافي الشرط المقصود من العقد فيخالف مقتضاه، وعند الشافعية يكون الضابط في الشرط الباطل فأن لا يكون الشرط مؤديا إلى ما هو محظور شرعا، أو أن تكون مما لا يقتضيه العقد وما لا يلائمه، ولا مما تعارف الناس التعامل به[2].

ونجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا فيما يخص الضابط الذي يجعل من الشرط باطلاً،حيث اشتركوا في أمرين:

[1] المشرع الجزائري تأثر بالمشرع الفرنسي كغيره من التشريعات العربية، والذي يجعل الشرط يبطل مع العقد فذا تعلق الأمر بعقود المعاوضة، أما إذا تعلق الأمر بعقود التبرع كالهبة و الوصية، صح العقد وبطل الشرط.

[2] مُحَمَّد عثمان شبير، المرجع السابق، ص. 73 وما يليها.

– أن لا تكون مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

– أن لا تخالف مقتضى العقد.

وهكذا قد نكون مهدنا لمضمون الشرط الباطل المقترن بعقد الوقف، من خلال استعراض القواعد العامة في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، لنلج مضمون الشرط الباطل المقترن بعقد الوقف.

الفرع الثاني

حكم الشروط الباطلة المقترنة بعقد الوقف

كما هو معلوم أن نظام الوقف هو نظام إسلامي بحث، قد أدرجه المشرع الجزائري في قانون الأسرة 11/84 المعدل والمتمم، وأدرجه كذلك في القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري، إلا أن جعل له قانونا مستقلا نظرا لخصوصيته على المستوى الاجتماعي، والاقتصادي، والعقائدي حيث نص على مجموعة من أحكام الوقف، ونظرا لتشعب مسائل هذا الأخير – نظام الوقف– فقد أحالت المادة 2 من قانون الأوقاف إلى أحكام الفقه الإسلامي في ما لا يتم النص عليه.

والحديث عن الشروط الباطلة المقترنة بعقد الوقف في القانون الجزائري والفقه الإسلامي له علاقة مباشرة ووطيدة بركن الصيغة، والتي تعد من أهم أركان الوقف[1]، وبذلك يكون المشرع الجزائري أشار ضمنيا إلى الرابط بين ما تتضمنه صيغة عقد الوقف التي يُعبر فيها الواقف عن إرادته مع الشروط تحدد مسار الوقف.

[1] نصت المادة 12 من قانون الأوقاف على ركن الصيغة، وسيتم التفصيل فيها في الباب الثاني من الدراسة، والبحث في علاقتها مع الشروط المقترة بعقد الوقف.

وبالتالي، يكون حدد أول ضابط يحكم الشرط الباطل في عقد الوقف من الناحية القانونية وهو عدم مخالفته لمقتضى المادة 2 التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما أكدت عليه المادة 27 بقولها:" كل وقف يُخالف أحكام هذا القانون باطل، مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه" لتأتي بعد ذلك المادة 29 و تعزز الطرح من الناحية الشرعية أيضا بقولها:" لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط، يتعارض مع النصوص الشرعية...".

ورغم أن المادة 27 لم تتكلم عن الشرط بالخصوص، وأشارت إلى الوقف، إلا أن هناك مسألة يستوجب إثارتها وهي أن الإيفاء بالعقد هو تنفيذ لأصله ووصفه، والشرط يعتبر من أوصاف العقد[1] وهو ما اعتمد القانون الجزائري في أن الشرط إلى جانب الأجل من أحد أوصاف الالتزام كما تم الإشارة إليه سابقا، إلا انه لم يعتمده كوصف للعقد.

وعليه، فإذا تم تطبيق قاعدة العقد بأصله ووصفه على المادة 27 يتضح ضابط الآخر، وهو عدم مخالفة شرط الواقف لأحكام قانون الأوقاف، وإلا كان الشرط باطلا، ضف على ذلك المادة 28 التي تقضي بعدم تحديد الوقف بمدة معينة، تطبيقا لمقتضيات المادة 3 من قانون الأوقاف التي تحث على حبس المال على وجه التأبيد.

ومن هذا المنطلق، سوف يتم الوقوف كل الضوابط التي تؤدي إلى بطلان الشرط المقترن بعقد الوقف في ضوء قانون الأوقاف الجزائري بالتفصيل، ومدى موافقتها مع أحكام الفقه الإسلامي على النحو الآتي:

1- الشرط المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية

لقد أكد قانون الأوقاف في الكثير من المواضع على مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما يتعلق بقضايا الوقف ومسائله، حيث كانت نصوصه تصرح على وجوب احترام الشريعة

[1] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج2، ص.67.

الإسلامية، أو تحيل إلى المادة 2 منه، والتي بدورها تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية. وإن عدم مخالفة العقد للشريعة الإسلامية هو قاعدة عامة في جميع العقود باختلاف أنواعها وتقسيماتها والوقف هو أحد تلك العقود.

وبالتالي، يُشترط في عقد الوقف عدم اقترانه بشرط باطل وهو ما جاء في نص المادة 29 من قانون الأوقاف 10/91 :" لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصّح الوقف".

ولقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على بطلان الشرط المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية[1].

فكما تمت الإشارة سابقا إلى أن الحنفية ذهبوا إلى أن الشروط التي تضمنت ما يخالف الشرع هي باطلة ولا يجب مراعاتها ولا احترامها، وقالوا أن مثل هذه الشروط تؤدي إلى الانحراف عن الحكمة التي شرع الوقف من أجلها، و الأمر نفسه الذي ذهب إليه الشافعية حيث قالوا أن من حق الواقف أن يشترط كل ما يراه محققا لمصلحته، أو لمصلحة الموقوف عليهم، على أن لا تكون هذه الشروط تتعارض مع نص شرعي، والأمر نفسه عند المالكية، الذين رأوا بوجوب إعمال شروط الواقفين الجائزة، ولا تراعى ما كانت مخالفة للشرع منها[2]، أما الحنابلة فقد قسموا الشروط إلى أربعة: شروط محرمة، وشروط مكروهة لله ورسوله، وشروط تتضمن ترك الأولى والأحب إلى الله ورسوله، وشروط تتضمن فعل الأولى والأحب إلى الله ورسوله، وهذه الشروط الأخيرة هي التي يجب العمل بها وما سبقها فكلاً يلغى، ولا تجب مراعاتها وإنما تُبطل[3].

[1] في الباب الثاني من الدراسة سيتم التطرق إلى نطاق تطبيق هذه الشروط، ويتم الاكتفاء في الباب الأول بالجانب الموضوعي النظري من خلال استعراض الأحكام والقواعد المنظمة لهذه الشروط.

[2] أحمد مصطفى الزرقا، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص. 143 وما يليها.

[3] عبد الحليم عطية صقر، المرجع السابق، ص.90-91.

وبهذا يتضح جليا أن قانون الأوقاف 10/91 يتفق مع المذاهب الأربعة في مسألة بطلان الشرط المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، لان الحكمة التي شُرع الوقف لأجلها تنتفي إذا أُدرج شرط يُخالف مقتضى الشرع.

2- الشرط المخالف لأحكام قانون الأوقاف 10/91

تُعد هذه المسألة من أهم المسائل لتعلقها بقاعدة مهمة جداً وهي: أن تنفيذ العقد يقع على أصل العقد ووصفه، حيث يعتبر الشرط وصفا للعقد، حيث نصت المادة 27 من قانون الأوقاف 10/91 على أن:" كل وقف يُخالف أحكام هذا القانون باطل، مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه".

ويتضح من ذلك، وكأن هذه المادة تقول أن الوقف إذا خالف أحكام القانون 10/91 فهو باطل، وإذا خالف أحكام الشيعة الإسلامية كذلك فهو باطل، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل أن المشرع الجزائري عند ما يراعي أحكام القانون 10/91، ويُبطل كل وقف يُخالف أحكامه هو بذلك يراعي أحكام الشريعة الإسلامية؟ خاصة وأن نص المادة 27 يشدد على مراعاة أحكام نص المادة 2 من قانون الأوقاف.

أن المشرع الجزائري قصد من عدم مخالفة ما جاء في هذا القانون هو مراعاة ما جاء في الأحكام العامة منه، وكذا الأركان والشروط، بالإضافة إلى التصرفات الواقعة على الوقف...الخ

وعليه، فلا بد أن تكون اشتراطات الواقف الواردة في عقد الوقف غير خارجة عن إطار هذا القانون، وأن يراعى فيما لم يُنص عليه في هذا القانون أحكام الشريعة الإسلامية، والإشكال الذي سيبقى مطروح دائما هو كيف يمكن التعامل و التعاطي مع الاختلاف المذهبي؟ خاصة وان المادة تحدثت عن مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية دون تحديد المذهب المتبع في ذلك.

ما تجدر الإشارة إليه، أن نص المادة 16[1] من قانون الأوقاف 10/91أعطت الصلاحية للقاضي في إلغاء شروط الواقف إذا كانت تتعارض مع مقتضيات حكم الوقف خاصة ما تعلق باللزوم، أو كان ذلك الشرط ضارا[2] بالوقف، أو مصلحة الموقوف عليهم، وهو ما عززته المواد السالفة الذكر: 27-29 المدرجة في الفصل الخامس من نفس القانون تحت عنوان "مبطلات الوقف".

ويُستخلص مما سبق، أن اشتراطات الواقف لا تخرج عن النطاق المذكور سابقا، فإما أن تكون صحيحة موافقة لمقتضى عقد الوقف، وأحكام القانون الجزائري، والشريعة الإسلامية، مع مراعاة ما يجوز مخالفته ومالا يجوز من الشروط الصحيحة، وإما أن تكون باطلة تلغي عقد الوقف ككل لمخالفتها أحكام القانون والشريعة الإسلامية أحدهما، أو كلاهما طبقا لما تقضي به نص المادة 27 أو أن يُبطل الشرط ويصح الوقف كما نصت عليه المادة 29 السابقة الذكر كما هو الحال بالنسبة للشرط الضار أو الفاسد، مع مراعاة سلطة القاضي في إلغاء الشروط المنافية لمبدأ اللزوم طبقا لنص المادة 16 وهو ما سيتم التفصيل فيه في المبحث الموالي.

[1] نصت المادة 16 من قانون الأوقاف:" يجوز للقاضي أن يلغي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، أو ضارا بمحل الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليهم".

[2] أو كما يصطلح عليه بالشرط الفاسد، وهو كل شرط لا يخل بأصل الوقف، ولا يتنافى مع حكمه لكنه يعطل مصلحة الوقف أو يضر الموقوف عليهم، أو يكون مخالفا للشرع، فمثال ما يعطل مصلحة الوقف هو أن يشترط الواقف عدم الإنفاق على عمارة الوقف، أو تقديم صرف الريع إلى المستحقين على العمارة الضرورية، مُحَمَّد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق،ص 372، وحكم هذا النوع من الشروط هو الإلغاء، وتصح مخالفته، ولا يُلزم العمل به ويصح الوقف، زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص. 51، وهذا النوع من الشروط تطبق عليه حكم المادة 29 من قانون الأوقاف حيث يصح الوقف، ويبطل الشرط.

المبحث الثاني

لزوم الشروط المقترنة بعقد الوقف

يحكم الشروط المقترنة بعقد الوقف، أو اشتراطات الواقف ضوابط ذات أبعاد مختلفة، فكما سبق الذكر أن القاعدة الشهيرة " شرط الواقف كنص الشارع" هي أول وأهم الضوابط التي تحكم اشتراطات الواقف، باعتبارها أرست القواعد التي تُلزم باحترام الاشتراطات، ووجوب العمل بها، ثم تأتي الضوابط الشرعية، والقانونية، التي تصنف تلك الاشتراطات بين الصحيح منها، ثم بين ما يجوز، وما لا يجوز مخالفته، وكذلك الباطلة منها والضارة بمصلحة الوقف ككل.

ولو اختلفت المسميات، وفرضت قواعد منهجية البحث العلمي تقسيم معينا للدراسة، إلى أن كل ما ينظم الشرط، ويحدد معاييره وشرعيته يمثل ضابط بالنسبة للواقف في سرد اشتراطاته في عقد الوقف، والقائم على الوقف في تنفيذ تلك الاشتراطات واحترامها وغيرهم ممن لهم علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالوقف[1].

ولعل من الضوابط التي لا تقل أهمية عن سابقاتها ما يعرف "بلزوم الوقف" والذي له علاقة مباشرة ووطيدة مع فكرة اشتراطات الواقف، فهل لزوم الوقف يعني بالضرورة لزوم اشتراطات الواقف من حيث تنفيذها، واحترامها؟ وهل هناك استثناءات عن فكرة اللزوم؟ أو أنها قاعدة مطلقة لا تحتمل الاستثناءات؟

وللإجابة عن مختلف هذه التساؤلات، سيتم التطرق إلى فكرة اللزوم في الوقف وصلتها بلزوم شرط الواقف (المطلب الأول)، وتعزيزا للتساؤلات سيتم التقصي في الاستثناءات الواردة عن فكرة

[1] على غرار الواقف الذي ينشأ عقد الوقف بإرادته الحرة والكاملة، نضيف الموقوف عليهم باعتبارهم المستفيدين من الوقف وغلاته، ثم الغير الذي قد يكون ورثة الواقف أو الموقوف عليهم، أو ناظر الوقف، إضافة إلى الدولة باعتبارها صاحبة الوصاية على الأوقاف، إضافة إلى القضاء الذي يبث في دعاوى الوقف.

اللزوم من حيث وجودها وعدمها (المطلب الثاني)، استنادا على أحكام الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، ومواقف القضاء بهذا الخصوص.

المطلب الأول

اللزوم كأصل في اشتراطات الواقف

مسألة لزوم الوقف من عدمه من المحاور الجدلية في أحكام الواقف، فلزوم الوقف له علاقة بتأبيد الوقف وتأقيته من جهة، وله علاقة بأيلولة ملكية العين الموقوفة من جهة أخرى، ويضاف إلى ما سبق مسألة الرجوع أو التراجع عن الوقف التي تعتبر من المسائل الحساسة و الخطّرة، وسيتم التركيز في هذه الجزئية على قضية لزوم الوقف كأصل عام (الفرع الأول) ثم علاقته بلزوم شرط الواقف من عدمه من خلال استخلاص الاستثناءات الواردة عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود باللزوم في الوقف

قضية لزوم الوقف من عدمه، من القضايا الجدلية التي اتسمت بها أحكام الوقف، والحديث عن لزوم الوقف كثيرا ما يتعلق بأيلولة العين الموقوفة، وحكم الرجوع في الوقف، وتأبيد الوقف وغيرها من المسائل الحساسة، والتي سيتم التطرق إليها في المحاور الدراسة اللاحقة.

ولعل ما يُهم في التطرق لقضية اللزوم في هذا الجزء من الدراسة هو البحث عن حقيقة لزوم شرط الواقف من عدمه، الأمر الذي يُلح علينا إلى تناول قضية لزوم الوقف (أولا) من منظور الفقهاء الأربعة، والقانون الجزائري للبحث في مدى إلزامية شرط الواقف نظرا لكونه من أوصاف عقد الوقف (ثانيا).

أولا: لزوم الوقف

لزوم الوقف هو بقاءه قائما بجميع مقوماته، ملزما في مواجهة الآخرين بما فيهم الواقف ومسألة اللزوم كما أسلفنا الذكر من المسائل غير المتفق عليها من الناحية الفقهية، السبب يعود إلى نظرتهم لملكية العين الموقوفة من حيث خروجها من ملك الواقف من عدمه، وانتقالها إلى الموقوف عليهم إلى غير ذلك من الأحكام المعقدة...

فمسألة لزوم الوقف عند **الحنفية** وبالتحديد الإمام أبي حنيفة الذي خالف صاحبيه أحمد وأبو يوسف[1]، بأن الوقف غير لازم وان الواقف يمكنه الرجوع متى شاء، كون أن الوقف هو تبرع بريع غير لازم، مع بقاء العين الموقوفة في ملك الواقف، وله التصرف التام في ملكه، الذي يكون ميراث بعد وفاته لورثته[2].

أما **المالكية** فلا يجيزون التراجع عن الوقف، ويعتبرونه عقدا لازماً، رغم أنهم من خلال مفهومهم للوقف يجعلون ملكية الواقف على العين الموقوفة ملكية تقديرية وصورية فحسب، بحيث لا يجوز التصرف في الوقف بأي حال من الأحوال[3].

أما اللزوم عند **الشافعية** فنأخذ على سبيل المثال ما قرره الإمام النووي في الروضة حيث قال:" ....في الأحكام المعنوية: فمنها اللزوم في الحال، سواء أضافه إلى ما بعد الموت، أم لم يضفه وسواء سلمه أو لم يسلمه، قضا به قاض أم لا" [1].

[1] يرى كل من أحمد وأبو يوسف أن الوقف يخرج عن ملك الواقف، ويصير بعد ذلك حبسا على ملك الله تعالى، وذلك بدليل انتقاله عنه بشرط الواقف كسائر أملاكه، وبالتالي فيمنع عنه أي تصرف بما في ذلك البيع أو التمليك أو القسمة...، وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج8، ص.169.

[2] المرجع نفسه، ص.169.

[3] أبو عبد الله مُحَمَّد الأنصاري الرصاع، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 540.

وعليه، فحكم الوقف عندهم اللزوم الصريح حتى وإن كان مضافا إلى ما بعد الموت، وبذلك يضاف موقفهم إلى موقف الجمهور دون الحنفية بخلاف صاحبيه، فالشافعية يرون أن المال الموقوف ينفك عن اختصاص الآدمي فلا يملكه لا الواقف ولا غيره بعكس منافعه التي يمتلكها الموقوف عليه[2].

وعند **الحنابلة** فقد شبهوا الوقف في اللزوم كالعتق فإنه يصير لازما بمجرد التلفظ به، كما أنهم لا يشترطون للزوم الوقف خروج الموقوف عن يد الواقف، كما لا يشترطون أيضا قبول الوقف في حال ما إذا كان الموقوف معينا، حيث لا يُبطل الوقف عندهم إذا ردّه، في حين أنهم يرون أن الموقوف عليه يملك الموقوف إذا عُين، ذلك أن الوقف سبب نقل الملك عن الواقف[3] .

ويتضح مما سبق أن القانون الجزائري من خلال قانون الأوقاف 10/91 أخذ برأي الجمهور واعتبر أن حكم الوقف هو اللزوم ويتضح ذلك من خلال نص المادة 16 المشار إليها سابقا، والتي تلغي أي شرط للواقف يخالف مقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، ولكنه وفي نفس الوقت من خلال نص المادة 15 من ذات القانون أجاز التراجع عن بعض الشروط، إذا اشترط الواقف ذلك لنفسه، ويبقى السؤال ذاته يُطرح من جديد هل لزوم الوقف يعني بالضرورة لزوم شرط الواقف؟

ثانيا: لزوم شرط الواقف

لقد سبق الحديث عن لزوم الوقف متى قام صحيحا مستوفيا لأركانه، فقد ذهب جمهور الفقهاء عدا الحنفية والمشرع الجزائري إلى لزوم الوقف وخروجه عن ملكية الواقف لأي شخص وانتقالها لملك الله تعالى مما يضع حدا إلى أي تأويلات في هذا الخصوص، وهو ما أكدته المادة 17 بقولها :"إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه".

---

[1] مُحَمَّد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج1، ص.203.

[2] وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، المرجع السابق، ص.170.

[3] وهبه الزحيلي، الفقه الحنبلي اليسير بأدلته وتطبيقاته المعاصرة،ج3، دار القلم، سوريا، د.س.ن، ص.374.

ومع ذلك فمسألة اللزوم مرهونة بمصلحة الوقف أولا، فقد تستدعي الضرورة الملحة والقصوى إلى تجاوز مثل هكذا مبدأ للحفاظ على ديمومة الوقف من خلال إجراء مهم وحساس وهو " استبدال الوقف " والذي سيتم التطرق إليه في الباب الثاني من الدراسة.

ورجوعا إلى قضية لزوم شرط الواقف، فالأصل في ذلك أن اشتراطات الواقف الصحيحة والجائزة شرعا تكون كأصل الوقف تماما، تكريسا لفكرة لزوم العقد تعني لزوم أوصافه بما فيها الشروط، فلا يجوز الرجوع عنها، ولا تغييرها، ولا التبديل فيها، فلو شرط الواقف أن تقسم غلاة الوقف على ولده حسب الفريضة الشرعية – للذكر مثل حظ الأنثيين– فلا يجوز له تغيير نمط القسمة أو إلغاءها لأن التغيير رجوع في أصل الشرط، ولا يصح ذلك بعد تمام عقد الوقف، وبما أن الواقف لا يملك حق تغيير شرط اشترطه فلا يملك الغير ذلك أيضا[1].

ومع ذلك فقد أقر الراجح في الفقه الإسلامي بجواز تغيير شرط الواقف وعدم لزومه عند رجوح المصلحة التي يقتضيها الوقف، وحجتهم في ذلك أنه مدام أمكن استبدال العين الموقوفة للضرورة والمصلحة فمن باب أولى تغيير شرط الواقف للضرورة والمصلحة، مقيدين بما يلي:

– أن يكون التغيير في شرط الواقف بإذن القاضي، أو فتاوى العلماء؛

– ظهور الملحة التي يراد من وراءها التغيير في شرط الواقف وعدم لزومه[2].

وهو ما يتقارب إلى حد كبير مع مضمون المادة 16 من قانون الأوقاف التي أجازت للقاضي أن يلغي أي شرط من شروط الواقف إذا تنافت مع حكم لزوم الوقف، أو كانت ضارة بمصلحة الوقف أو الموقوف عليهم، ليتضح من ذلك أن لزوم الوقف أهم وأعلى من لزوم شرط الواقف لأن لزوم الوقف يتعلق بديمومته، واستمراريته، وبقاء مصلحته لخدمة الوقف والموقوف عليهم باعتبارهم المنتفعين المستحقين في الوقف.

[1] أحمد مصطفى الزرقا، أحكام الأوقاف، المرجع السابق، ص. 162-163.

[2] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج2 ،ص. 106.

كما تأكد كذلك أن حتى لزوم الوقف قد تستدعي الضرورة لمراجعته في بعض الأحيان إذا تعارض مع مصلحة الوقف ذاته، فكيف إذن بشرط الواقف، فرغم أن لزومه من لزوم الوقف كأصل عام، إلى أن الضرورات، ومقتضيات المصلحة، قد تجعل لذلك استثناءات بما يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي والقانون إذا دعا الداعي لذلك وهو ما سيتم التطرق إليه من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على لزوم اشتراطات الواقف

كما أن لكل قاعدة استثناء، فإن لزوم اشتراطات الواقف وإن كانت مستقاة من لزوم الوقف باعتبارها من أوصافه، إلا أنه يجري عليها ما يجري على أي استثناء من الأصل.

فكما سبق الذكر فإن اشتراطات الواقف قد يسري عليها التغيير والتبديل بالمفهوم الواسع خاصة إذا تعارضت مع مقتضى حكم الوقف والذي هو اللزوم، أو كانت متعارضة مع مصلحة الوقف و الموقوف عليهم إذا وُجد شرط ضار كما تم التطرق إلى مفهومه سابقا مما يخلق ذلك مبررا لتعديلها أو مخالفتها، أو الرجوع فيها على حسب الأحوال.

ومن خلال هذا الفرع من الدراسة سيتم التطرق إلى مسألة التعديل في الشروط المقترنة بعقد الوقف – اشتراطات الواقف- (أولا)، ومن ثُم الحديث عن التراجع في اشتراطات وما حدود ذلك (ثانيا).

أولا: تعديل اشتراطات الواقف

نستعرض المقصود بالتعديل في شرط الواقف (1) وكذا من له الحق في تعديل الاشتراطات (2) وشروطه (3) على النحو الآتي:

1-المقصود بالتعديل في شرط الواقف:

نتناول معنى التعديل بوجه عام من الناحية اللغوية (أ)، ثم معنى التعديل في شرط الواقف من الاصطلاحية من خلال الفقه الإسلامي والقانون الجزائري(ب) على النحو الآتي:

أ/ المقصود بالتعديل من الناحية اللغوية:

جاء في القاموس المحيط في معنى التعديل بأنه: مصدر من عدّل و هو ضدّ الجور وما قام في النفوس أنّه مستقيم كالعدالة، وعدّل الحكم تعديلا أي:أقامه وكلّ ما عدّلته فقد أقمته، وإنعدل عنه أي إعوج عنه[1].

كما جاء في مختار الصحاح أن تعديل الشيء أي تقويمه، ويقال عدله تعديلا فاعتدل أي: قومه فاستقام[2].

وجاء في لسان العرب أن تعديل الشيء أي تقويمه، وقيل العدل تقويمك الشيء بالشيء من غير جنسه حتى تجعله له مثلاً[3].

ب/ المقصود بتعديل شرط الواقف من الناحية الاصطلاحية:

نستعرض ذلك من منظور الفقه الإسلامي، والقانون الجزائري وفقا لما يلي:

[1] محي الدين بن مُحَّد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص. 1030.

[2] زين الدين بن أبي عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص. 176.

[3] ابن منظور، المرجع السابق، ص. 2838.

– تعديل شرط الواقف في القانون الجزائري:

لم يتطرق المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا بعده في قانون الأوقاف بالمقصود بالتعديل فقط نص في المادة 220 من قانون الأسرة على:"يبقى الحبس قائما مهما طرأ على الشيء المحبوس من تغيير في طبيعته.

وإذا نتج عن التغيير تعويض ينزل منزله الحبس"

هذه المادة التي تكلمت عن مصطلح التغيير في الوقف إلا أنها بصفة عرضية بعكس المواد التي تطرقت إلى مسالة التعديل في القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف وذلك في ثلاثة مواد كل واحدة تتعلق بشق معين عن التعديل.

فقد نصت المادة 15 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على:"يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف".

ونصت كذلك في المادة 16 من نفس القانون على:"يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفة إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم أو ضارا بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه"

كما نصت كذلك من نفس القانون في المادة 26 مكرر 4:"يصح تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له وللمستحقين ما لم يمنع ذلك شرط من شروط الواقف وفي حاله وجود مانع يلجأ إلى القاضي الذي يصدر حكما يراعي مصلحة الوقف والموقوف عليهم وفقا لإحكام والإجراءات المنصوص عليهم في القانون".

هذه هي نصوص المواد التي تكلمت عن مسالة التعديل في شرط الواقف إلا أنها لم تعرف ما هو المقصود بالتعديل[1] ، والشيء الملاحظ على المشرع في كل من هذه المواد أن هنالك غموض صارخ فيما يخص المصطلحات، وكذا المقصود من هذه المواد هل المقصود بالإلغاء والتراجع، معنيين مختلفين، أم أنهما نفس المعنى، وما هو كذلك الفرق بين هذين المصطلحين إذا كان لكل منهما معنى محدد الإلغاء، التغيير، التراجع.

لكن عند التدقيق في المصطلحات يلاحظ من كلام المشرع في نصوص المواد المذكورة بأن عملية الإلغاء هي بالاختصاص القاضي وعملية التراجع هي من اختصاص الواقف أما التغيير فقد يكون من اختصاص كل من القاضي والواقف لأن مسالة التغيير المذكورة في المادة 26 مكرر 4 لم تبين من هو صاحب الحق في التغيير[2].

أمام هذا التشابه بين المصطلحات واستعمال المشرع لعدة مصطلحات إلغاء، التراجع التغيير إضافة إلى استعمال الفقهاء والباحثين لمصطلحات أخرى كالتعديل والمخالفة، فهنا يقع بعض اللبس أمامنا مما يفتح المجال للتساؤل عن المصطلح الدقيق الذي يقع على الاشتراطات أم أن كل هذه المصطلحات واردة على اشتراطات الواقف، ولكل من هذه المصطلحات مجاله وآثاره.

بالعودة إلى مجموعة كبيرة من الدراسات القانونية في الجزائر لم نجد من تطرق إلى تعريف هذه المصطلحات من الناحية القانونية، وإنما انصبت الدراسات فقط إلى اعتبار هذه المصطلحات هي في الغالب تؤدي إلى نفس المعنى، واعتبارها عملية ترد على اشتراطات الواقف.

[1] بالرغم من هناك من يرى بأن مسالة التعريف ليس من اختصاصي المشرع لكن غالبا ما يتطرق المشرع إلى بعض التعريفات والتي تعتبر من صميم عمل الفقه.

[2] سوف نفصل في هذه المسألة عند كلام عن أصحاب الحق في تغيير شرط الواقف.

– تعديل شرط الواقف في الفقه الإسلامي:

بالعودة إلى الكثير من كتب الفقه الإسلامي باختلاف المذاهب نجدها لم تعطي تعريف للمقصود بتعديل شرط الواقف، وإنما كانوا يتكلمون عنها باعتبارها عملية ترد على شرط الواقف فكانوا يستعملون أحيانا مصطلح المخالفة، وفي أحيان أخرى التعديل، وكذلك مصطلح التغيير وكل من هذه المصطلحات يلاحظ أنها كانت تأخذ نفس المعنى عند الفقهاء.

ويمكن القول أمام ما تقدم، أن هنالك تداخل بين هذه المصطلحات التي يجب فك شِفْرتها فإذا أردنا إسقاط المعنى اللغوي على ما هو موجود في القانون يكون لدينا عدة مصطلحات تؤدي إلى عدة عمليات فالتراجع عن التغيير، والإلغاء والمخالفة، وكل من هذه المصطلحات لها دلالاتها ومعانيها، لكن ما يلاحظ من الناحية الاصطلاحية، وعلى الصعيد العملي بأنه ليس هناك فرق بين التغيير والتعديل والمخالفة والتراجع أما مصطلح الإلغاء المذكور في المادة 16[1] من القانون 91/10 فهو بالرغم من تشابهه بتلك المصطلحات إلا أنه يعبر عن عملية أخرى في العنصر الموالي سوف نتكلم عن أصحاب الحق في التعديل من خلال هذا العنصر سوف يتضح لنا الفرق بين المصطلحات من الناحية العملية.

2–أصحاب الحق في تعديل شرط الواقف:

بعدما تم التطرق إلى المقصود بالتعديل في شرط الواقف سيتم، سيتم التطرق إلى الأشخاص الذين لهم سلطة التعديل فحتما الأمر ليس مفتوح للجميع، وإلا سوف تعم الفوضى داخل مؤسسة الوقف مما يؤدي حتما إلى انقراضه.

[1] عد للمادتين 15 و16 من قانون الأوقاف 10/91 لتحري وجود كل من مصطلح: التراجع، التعديل، والإلغاء.

ولقد حدد القانون الجزائري أصحاب هذا الحق وهم الواقف أو القاضي فقط ممن يملكون هذه السلطة سوف نوضح ذلك من خلال التطرق إلى ما جاء في القانون 10/ 91 المتعلق بالأوقاف وكذا ما جاء في أحكام الفقه الإسلامي في هذا الشأن.

أ/سلطة الواقف في تعديل اشتراطاته في عقد الوقف:

لقد نصت المادة 15 من القانون 91 /10 المتعلق بالأوقاف على:"يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف".

إن هذه المادة وإن كانت هي الأساس القانوني الذي يمنح للواقف السلطة في التعديل الشروط التي وضعها في عقده، فهي في نفس الوقت تعاني من بعض الغموض وذلك عندما ذكر المشرع في بداية المادة يجوز للواقف التراجع عن بعض الشروط فقد أجاز المشرع للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط، فمصطلح التراجع كما قدمنا من الناحية اللغوية لا يقصد منه التعديل أو التغيير فهو يدل فقط عن التراجع عن الشيء، و بهذا يمكن القول أن المشرع قصد بالتراجع عن الشروط دون أي تعديل فيها[1]، لكن عند إتمام المادة إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد فربط المشرع حق التراجع باشتراط ذلك لنفسه حين انعقاد العقد أي أن الواقف عند إنشائه لعقد الوقف إذا اشترط لنفسه التراجع جاز له ذلك، وبذلك قد يكون قد أجاز لنفسه الحق في التعديل كون أنه لا يتصور التراجع عن بعض الشروط دون تعديل بغيرها خاصة عندما يتعلق الأمر بالمستحقين.

أضف إلى ذلك مصطلح"بعض الشروط" يفهم منه بأنه يجوز التراجع عن بعضها فقط وليس كلها، كون هذا لا يوجد دليل يثبت عكسه، مع أنه إمكانية تعديل الشروط هي مسالة تمكن الواقف من تعديل ما شاء من الشروط المعتبرة في عقد الوقف، وذلك إذا اشترط لنفسه حق التعديل[2].

[1] موسى سالمي، المرجع السابق، ص.102.

[2] المرجع نفسه، ص.103.

وبالتالي، فإن أن المادة 15 من القانون 91/ 10 بالرغم من الصياغة الغامضة لها فإن المشرع يقصد بها الحق في تعديل الشروط، وليس التراجع عنها دون تغييرها أضف إلى ذلك أن تعديل كل شرط في عقد الوقف يمكن تعديله ولا يختص شرط دون آخر، ويتوقف ذلك كله فقط على اشتراط الواقف لنفسه هذا الحق عند انعقاد الوقف.

كما أن المادة 15 من القانون 10/91 حصرت حق التعديل الشروط الواقف فقط دون غيره كأصل عام، وأنه لا يمكن أن يقوم غيره بذلك فالمادة نصت على إذا اشترط لنفسه ذلك ولم تعطي هذا الحق لغيره أي أنه حق محصور فقط للواقف[1].

لكن هنا قد يثار إشكال وهو عند عدم اشتراط الواقف لنفسه التعديل في الشروط، مما يمنع عليه ذلك بنص المادة 15 بمفهوم المخالفة التي اشترطت أن ثبوت هذا الحق لا يكون إلا إذا اشترط الواقف لنفسه ذلك فقد يظهر أثناء تنفيذ عقد الوقف من الشروط التي قد تلحق ضررا مثلا للمستحقين أو بالعين الموقوفة فما هو الحل القانوني في مثل هذه الوضعية؟

نجيب عن هذا الإشكال في تطرقنا إلى عنصر المتعلق بثبوت التعديل للقاضي.

ب/سلطة القاضي في تعديل شروط الوقف:

قبل التفصيل في هذا العنصر يجب معرفة أن عقد الوقف هو من العقود التي تنشا بالإرادة المنفردة، وذلك بنص المادة 4 من القانون 91 /10 المتعلق بالأوقاف:"الوقف عقد الالتزام بتبرع صادر عن إرادة منفردة". وقد جاء في نص المادة 123 مكرر 2 من القانون المدني:"ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول".

انطلاقا من هاتين المادتين يتضح دور القاضي في تعديل العقود بصفة عامة، وعقد وقف بصفة خاصة حيث اعتبرت المادة 4 [1]من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف أن عقد الوقف هو عقد

[1] موسى سالمي، المرجع السابق، ص.103.

ينشأ بإرادة منفردة، واعتبرت المادة 123 مكرر من القانون المدني أنه:" يسري على التصرف الناشئ بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام"، وباعتبار أن القانون المدني هو الشريعة العامة لجميع القوانين بما فيها القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف ومن هذا المبدأ يستمد القاضي تدخله في مجال الأوقاف وكذا يستمد دوره في تعديل شرط الواقف المنصوص عليه في عقد الوقف.

كذلك انطلاقا من المبدأ الذي يعتبر القاضي ولي من لا ولي له، وكذا أن القاضي هو صاحب الولاية العامة لقد أجاز القانون المدني للقاضي التدخل في عدة مناسبات من أجل تعديل العقود، وذلك سواء في مرحله الإنشاء كمسألة الغبن، والاستغلال، وكذا تعديل الشروط التعسفية أو مرحله التنفيذ، وذلك عند وقوع الظروف الطارئة أو تعديل الشروط الجزئية.

أما في قانون الأوقاف فقط أجازت المادة 26 مكرر 4 للقاضي التدخل من أجل تعديل عقد الوقف، وذلك عندما نصت على "يصح تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له وللمستحقين ما لم يمنع ذلك شرط من شروط الواقف، وفي حالة وجود مانع يلجئ إلى القاضي الذي يصدر حكما يراعي مصلحة الوقف والموقوف عليهم ، وفق الأحكام والإجراءات المنصوص عليها في القانون".

وهنا تجدر الإشارة إلى مسألة معينة تتمثل في الفرق في دور القاضي في إلغاء شروط الواقف ودوره في تعديل أو تغيير شرط الواقف فقد نصت المادة 16 من القانون 91 /10 المتعلق بالأوقاف على:"يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافي لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم أو ضارا بمحل الوقف أو مصلحة الموقوف عليهم" في مثل هذه الحالة يتدخل القاضي لإلغاء الشرط بسبب إضراره بالوقف أو الموقوف عليهم أو يكون الشرط منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم لكن الغريب في هذه المادة أنها حصرت حالات تدخل القاضي في تلك الحالتين فقط، وهي عندما يكون الشرط ضارا سواء بمحل وقف أو مصلحة الموقوف عليهم

[1] عد إلى المادة 4 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم.

أو في حالة منافاة الشرط لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم علما أن التأبيد كذلك يعتبر من مقتضيات الوقف، أضف لذلك أن المادة 29 [1]من القانون 91 /10 والتي تبطل أي شرط يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، فهذه المادة تعطي تصور أوسع من المادة 16 من نفس القانون.

فباستعمال هذه المادة يكون أي شرط يتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية هو محل إلغاء بعكس المادة 16 التي حصرته في حالات معينة فقط، فمن الأجدر فتح الباب للقضاء أن يلغي أي شرط يتنافى مع مقتضيات الشريعة الإسلامية.

كما نصت المادة 26 مكرر 4 على: "يصبح تغيير وجهة الملك الوقفية إلى ما هو أصلح له وللمستحقين ما لم يمنع لذلك شرط من شروط الواقف وفي حاله وجود مانع يلجئ إلى القاضي الذي يصدر حكما يراعي مصلحة الوقف والموقوف عليهم وفقا للأحكام والإجراءات المنصوص عليها في القانون".

وعليه، فالقاضي يملك سلطة إلغاء الشروط المنصوص عليها في المادة 16 [2]من القانون 10/91، كذلك يملك سلطة أخرى وهي سلطة التغيير أو التعديل على أن تكون سلطة القاضي في هذا الشأن، أن تراعي مصلحة الوقف والموقوف عليه، وتمتد هذه السلطة حتى في ظل وجود مانع من الواقف في عدم التعديل، فهنالك من الشروط التي من شأنها خنق الوقف سواء في عينه أو في ريعه، مما يؤدي إلى تعذر تنفيذ شرط الواقف أو استحالة تنفيذه، ومثال ذلك إذا اشترط الواقف أن تزرع هذه الأرض بنباتات معينة، وأصبحت هذه النبتة تعرف كسادا في الأسواق فبيعها لا يكون بثمن الذي يغطي الموقوف عليهم في حين أنه يمكن تغيير غرسها بنبات آخر يمكن بيعه في الأسواق بالأثمان التي تعود بالفائدة على الوقف والموقوف عليهم، هنا يجوز المخالفة ولو بمعارضة الواقف لأن

[1] تنص المادة 29 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم على:" لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية فإذا وقع بطل الشرط و صح الوقف".

[2] عد للمادة 16 من قانون الأوقاف 10/91 المذكورة سابقا.

في ذلك مصلحة للموقوف عليهم، وبالتالي، يُرجع في هذه الحالة إلى إذن القاضي الذي يملك الولاية العامة على الأوقاف الذي يأذن بالمخالفة[1].

وهو الأمر الذي ذهبت إليه الشريعة الإسلامية، في اعتبار أن القاضي يملك الولاية العامة على الوقف وبذلك تثبت سلطة القاضي في تعديل شرط الواقف، ولو بدون شرط الواقف على ذلك إلا أن الفقهاء يختلفون في مسألة الولاية على الوقف، فقد ذهب المالكية والحنابلة إلى أنه في حال عدم اشتراط الواقف الولاية لنفسه، ولا لغيره أو مات ولم يوصي بها لأحد إلا أن المحبوس عليهم كانوا راشدين، وأهلا للولاية فهم يرون بأن الولاية هم أحق بها من القاضي، ويرى الشافعية والحنفية عكس ذلك فهم يرون أن القاضي في هذه الحالة هو أحق بها وذلك على أساس أن الواقف لم يذكر النظارة لأحد لعدم رؤيته أحقيتها للموقوف عليهم[2].

3-شروط الحق في تعديل شرط الواقف:

إن عملية تعديل شرط الواقف هي مسألة تخضع لشروط معينة نص عليها القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف فبغير توافرها لا يمكن القيام بالتعديل، فقد نصت المادة 15 منه على:"يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك" فهذه المادة أشارت إلى الشرط الأول وهو أن يكون الواقف باعتباره هو صاحب هذه السلطة الأصلية قد أدرج في الشروط التي وضعها في عقد الوقف شرط التعديل أو أحد الشروط العشرة، ففي هذه الحالة يجوز للواقف أن يقوم بالتعديل فإذا لم يشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد لا يمكنه القيام به فيما بعد[3].

[1] موسى سالمي، المرجع السابق، ص.109.
[2] المرجع نفسه، ص.106.
[3] موسى سالمي، المرجع السابق، ص. 103.

كما يُفهم كذلك من نص المادة 15[1] أيضا شرط آخر وهو أن الشخص الذي أوكل له المشرع الجزائري سلطة التعديل، وبالتالي، فهو حق لصيق بالواقف دون غيره أي لا يمكن لا للمستحقين أو الناظر أو القاضي القيام بذلك، وبما أن القانون قد جعل سلطة التعديل مرتبطة بالواقف أساسا فلا يمكن كذلك لهذا الأخير أن يمنح هذا الحق لغيره كما أن حق التعديل هو حق شخصي متعلق به وحده لا يمكن للواقف التنازل عنه.

لكن قد يجوز للقاضي القيام بالتعديل استثناءا بحكم ولايته العامة على الوقف، وذلك عند توفر شروط معينه نصت عليها المادة 26مكرر4 المذكورة سابقا.

أي أن إمكانية التعديل من قبل القاضي بحسب هذه المادة هي مرتبطة بوجود مصلحة للوقف أو الموقوف عليهم، لكن بالرغم من ذلك إلا أن هذه المادة يظهر عليها كذلك الغموض فمفهوم المادة يدل على أن هناك شخص يقدم طلب للقاضي حتى يصدر حكم التعديل فمن هو الشخص الذي يقدم هذا الطلب هل هو الواقف إذا كان حيا أم الموقوف عليهم أم الناظر؟ هذا الأمر ليس موضحا في القانون.

وحتى يتضح هذا الغموض فإنه كلاً من الموقوف عليهم، والناظر يمكن لهم اللجوء إلى القاضي في حال كانت الشروط مضرة بمصلحة الوقف أو الموقوف عليهم، ويقدمون له طلب التعديل في الشروط، ويقرر القاضي حالة الضرورة، وبعدها يقوم بذلك على أن لا يخالف كذلك التعديل غرض الواقف، وهو الأمر الذي أوضحته المواد 16 و 26 مكرر4 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف[2].

وعليه، يمكن القول بأن شروط تعديل اشتراطات الواقف هي:

* قيام الواقف بعملية التعديل دون غيره في الظروف العادية للوقف؛

[1] راجع المادة 15 من قانون الأوقاف 10/91 المذكورة سابقا.

[2] موسى سالمي، المرجع السابق، ص.104.

* أن يكون قد اشترط لنفسه ذلك عند انعقاد العقد؛

* إمكانية التعديل من قبل القاضي حفاظا على مصلحة الوقف و الموقوف عليهم؛

* أن لا يقوم الواقف بتكرار الشرط إلا إذا اشترط لنفسه تكرار العمل به.

وما تجدر الإشارة إليه أن مجالات التعديل تشمل جميع اشتراطات الواقف فهي نفسها ما عدا ما استثني كتعيين المتولي على الوقف، ويتعلق الأمر بالاشتراطات المتعلقة بالعين الموقوفة والاشتراطات المتعلقة بالموقوف عليهم، والنظارة على الوقف، والمجالات المتعلقة باشتراطات الواقف سيتم التفصيل فيها في الباب الثاني من الدراسة.

ثانيا: الرجوع في اشتراطات الواقف

لقد كثر اللُّبس بخصوص الرجوع في اشتراطات الواقف أو التراجع عنها إلى حدّ فتح المجال للتأويل، والتفسير كل على حسب خلفيته الفقهية والقانونية، ومع ذلك يبقى الأصل في ذلك الجوع إلى أقوال علماء الفقه الإسلامي في ذلك.

والرجوع أو التراجع في الوقف عموما، وليس في اشتراطات الواقف، كثيرا ما تعلقت بالقضية المشار إليها سابقا وهي قضية " اللزوم في الوقف"، إضافة إلى مسألة لا تقل أهمية عن سابقاتها وهي قضية خروج العين الموقوفة من أي يدٍّ كانت حتى لو كان الواقف، فمن أقرّ لزوم الوقف عن أيٍّ كان فقد حظر الرجوع في الوقف وهو رأي الجمهور كما تم التفصيل لاحقا ما عدا الحنفية الذين جعلوا بقاء الموقوف في ذمة الواقف.

وبالتالي، فالرجوع عند المالكية ولو شرط الواقف خيار الرجوع في كتاب وقفه، كان شرطه واقفا، ولزم الوقف استنادا لقاعدة الأصل في العقود اللزوم وعدم الرجوع[1]، وكذلك أقرّ الشافعية والحنابلة عدم إمكانية الرجوع في الوقف استنادا إلى مبدأ خروج ملك العين الموقوفة إلى ملك الله تعالى

[1] شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج6، ط1 لسنة 1994، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ص.326.

فلا يمكنه التصرف في الوقف بأي شكل من الأشكال بما في ذلك الرجوع عنه. أما الحنفية فقد خالفوا الرجوع[1]، وجعلوا للواقف إمكانية الرجوع عن الواقف باعتباره غير لازم[2] مثله مثل العارية.

والمشرع الجزائري قد حسم أمر الرجوع في الوقف بتكريسه لزوم الوقف في كثير من مواد قانون الأوقاف، انطلاقا من تعريفة للوقف على أنه حبس على وجه التأبيد[3]، إضافة إلى المادة 28 التي تبطل الوقف المؤقت، والمادة 23 التي تمنع أي تصر يطال الوقف بما في ذلك الرجوع، إضافة إلى المادة 16 المذكورة سابقا والتي منحت للقاضي صلاحية إلغاء أي شرط يتنافى مع اللزوم[4].

هذا فيما يخص الرجوع عن الوقف أو التراجع عنه، أما عن التراجع الواقف عن بعض اشتراطاته، فكما تم التطرق سابقا فيمكن للواقف أن يقوم بالتراجع أو الرجوع عن بعض شروطه شريطة أن يكون، شرط ذلك في كتاب وقفه، فمبدأ التعديل نفسه ينطبق على الرجوع أو التراجع وكلا المصطلحين أو التصرفين التعديل أو التراجع يندرج ضمن أهم الشروط العشرة والمتمثل في شرطيّ التبديل والتغيير اللذين يغنيان عن باقي الشروط العشرة لتضمنهما كل التصرفات التي يمكن أن تكون اشتراطا للواقف[5].

---

[1] والجدير بالذكر هنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أضافوا حالة الرجوع المعلق بالموت، حيث أقر جمهور الفقهاء بجواز الرجوع عن الوقف المعلق بموت الواقف مادام حيا، وهو قول الحنفية والشافعية، والمالكية وكثير من الحنابلة، على عكس الوقف المنجز في مرض الموت فلم يجزه الفقهاء الرجوع فيه، وأقروا بعدم صحته،كما يُبطل الشرط الذي يبيح للواقف الرجوع في الوقف وهو ما يعرف بـ " خيار الشرط" حيث يُبطل الشرط ويصح الوقف خالد بن علي بن مُحَّد المشيقح، المرجع السابق ج2، ص.46إلى 52.

[2] عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ج2، دط، المكتبة العلمية، لبنان، د.س.ن، ص.180.

[3] وتظهر العلاقة بين الرجوع في الوقف أو التراجع عنه أيضا بموضوع تأبيد الوقف، حيث بررت المحكمة العليا منع الرجوع في الوقف نظرا لكونه صدقة مؤبدة حيث جاء في مبدأ إحدى قراراتها:" لا يجوز التراجع عن الوقف الصحيح باعتباره صدقة مؤبدة" الغرفة العقارية، بتاريخ 2011/7/14، الملف رقم 692324، م.م.ع.ع.2، لسنة 2011، ص.302.

[4] راجع المواد: 3-16-23-28 من قانون الأوقاف المعدل والمتمم.

[5] مصطفى احمد الزرقا، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص. 164.

والأمر كله يتوقف على اشتراط الواقف حق التبديل والتغيير في عقد الوقف، وإلا فيسقط حقه في أي تبديلٍ في اشتراطاته، أو تغييرٍ في توجهاته، أو التراجع عنها، فالأمر إذن مرهون بذكره ذلك في حجة الوقف.

ويبدو الحديث عن الرجوع أو التراجع عن اشتراطات الواقف يشبه إلى حد كبير الحديث عن التعديل في شرط الواقف، والسبب جليّ كون أن أي شرط يشترطه الواقف، يخضع لنفس المبدأ وهو أن يُذكر في عقد الوقف، إضافة إلى أن الرجوع عن شرط من الشروط التي يضعها الواقف يكون بهدف جلب المصلحة للوقف والموقوف عليه، أو درءً لمفسدة كما هو الحال بالنسبة للشرط الضار حتى ولو لم يَصُّحبْه تعديل أو إضافة لشرط جديد، وهو ما أكدت عليه المادة 15 من قانون الأوقاف بنصها :" يجوز للواقف عن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف".

والجدير بالإشارة في هذا المقام أن قانون الأوقاف الجزائري وتطبيقا القضائية تعاطت مع مصطلح "التراجع" دون تحديد دقيق للمعنى، وضبط سليم للغاية منه كونه يحمل عدة معاني من الناحية اللغوية[1]، فتارة يُسْتعمل للتعبير عن الرجوع في الوقف، وتارة للتعبير عن الرجوع في اشتراطات الواقف، رغم أن المادة 15 من قانون الأوقاف استعملت مصطلح " التراجع" للتعبير عن الرجوع في اشتراطات الواقف، إلا أن التطبيقات القضائية استعملت المصطلح " التراجع" في الدعاوى الرجوع عن الوقف، كما في دعاوى الرجوع في اشتراطات الواقف[2]، ورغم أن هذا الخلط اللغوي لا يؤثر على

[1] تراجع مصدرها من: " رجع" ومن معانيها انصرف شيء عن شيء، ويقال أيضا تراجع الشيء إلى الخلف، أما الرجوع فيقصد بع العودة، للتحري في المعاني اللغوية عد إلى: مجد الدين مُحَمَّد بن يعقوب الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص.720، وزين الدين بن أبي عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص. 99.

[2] استعملت المحكمة العليا في العديد من قراراتها مصطلح التراجع بخصوص دعاوى الرجوع في الوقف، وأيضا في دعاوى الاشتراطات فعلى سبيل المثال نذكر:

في دعوى متعلقة بالرجوع في الوقف جاء في مبدأ إحدى القرارات ما يلي:" من الثابت شرعا أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم وفقا للمذهب الحنفي، ولما كان الحبس في دعوى الحال تم على المذهب المالكي الذي لا يجيز التراجع عن الحبس

مجرى الدعاوى، ولا مضمونها لأن الأحكام تختلف، لكن يبقى تخصيص المصطلحات وانتقاءها بعناية، أصح وأسلم للتعامل مع مثل هكذا قضايا حساسة في موضوع الوقف، كما أن التراجع أو الرجوع عن الشروط لا يعني بالضرورة مخالفتها، فشرط اللازم، لا يجوز الرجوع عنه، لكن تجوز مخالفته فالشرط هنا باقٍ ومعتبر، إلا أنه يُعمل بخلافه عند الضرورة وبالتالي، فإن التراجع هنا لا ينافي معنى لزوم الشروط لأن من الشروط اشتراط حق التراجع، وهو تنفيذ لشرط معتبر شأنه شأن أي شرط آخر[1].

وعليه، فإن التراجع في اشتراطات الواقف كأصل عام غير ممكن لأن كل شرط وقع في عقد الوقف لزم العمل به، إلا إذا جعل الواقف لنفسه حق الرجوع أو التعديل في كتاب الوقف، ويكون ذلك بمراعاة أحكام الوقف وقواعده، حيث عدد المرات التي تحق له ممارسة حق التراجع، وكيفياته شريطة أن لا يتنافى مع أهم مقتضى للوقف وهو اللزوم وأن لا ينطوي التراجع عن ضرر يلحق بمصلحة الوقف أو الموقوف عليهم، فالرجوع عن بعض الاشتراطات، لا يعني بالضرورة الرجوع عن الوقف كله، أو يبيح ذلك بأي شكل من الأشكال، وليكون الشرط محفوظا فلابد من أن يُدون في عقد الوقف، ولكن إذا لم تدون اشتراطات الواقف سواء تعلقت بالرجوع، أو التعديل، وغيرها من الشروط، فكيف يمكن إثبات ذلك؟ نعالج هذه المسألة في المطلب الموالي.

فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلو يكونون قد أساءوا تطبيق القانون"، الغرفة العقارية، بتاريخ 2001/1/31، الملف رقم 204958،م.م.ع.لسنة 2002،ع.2، ص. 378، ثم استعمل نفس المصطلح للتعبير عن التراجع في الشروط وفي نفس القرار والذي جاء فيه:" ...يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد ولما استبان من عقد الحبس عدم تضمنه شروطا تسمح بالتراجع وفقا للمادة 15 من قانون 1991/4/27 المتعلق بالأملاك الموقوفة باعتبارها تصرفا نهائيا فغن القضاء بصحة التراجع هو تطبيقا مخالف للقانون...".

[1] مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، المرجع السابق، ص.163-164.

المطلب الثاني

إثبات اشتراطات الواقف

يعتبر الإثبات الوسيلة الوحيدة، والمشروعة التي يضمن بها الإنسان حقه[1]، فهو كما قيل شريان الحياة للحق، والطريقة المثلى لإقامة الدليل على الحق المدعى به، وقد جاء على لسان الشُراح أن:"الدليل هو قوة الحق" وأنه :" يستوي حق معدوم وحق لا دليل له"[2].

ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بوسائل الإثبات عندما حرصت على حماية وكفالة حقوق الأفراد[3]، حيث نظمت طرق الإثبات في الشق المتعلق بفقه الحدود الشرعية، فتطرق الفقهاء إلى الإقرار، والشهادة، القرائن، اليمين، كما اعتمدت كذلك الشريعة الإسلامية على الكتابة حيث جاء في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾[4].

---

[1] لعل من أهم المصطلحات التي تتداخل في معناها مع الإثبات هو مصطلح التوثيق، والذي يعتبر من العلوم التي يُحدد بها كيفيات تقييد العقود والتصرفات، على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به، مُحَمَّد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات، ط1 لسنة 1987مكتبة لبنان، لبنان، د.س.ن، ص.248، ومنه يتضح أن التوثيق أوسع من الإثبات الذي يقتصر على إقامة الحجة والدليل أمام القضاء، عبد الله بن مُحَمَّد بن سعد آل خنين، الأصول الإجرائية لإثبات الأوقاف، مطبوعة ندوة الوقف والقضاء، الرياض 1427هـ.

[2] صالح براهيمي، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012/2011، ص.

[3] حيث حرمت الشريعة الإسلامية كل أشكال الظلم وأكل أموال الناس بالباطل، حيث وضعت منهاجا لكل مطالب بحقه،وهذا منعا للفوضى، ودرءاً لتصادم مصالح الأفراد، فجعلت قاعدة تحكم الإثبات وهي :" البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" يحي بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي، الأربعون النووية وتتمتها، دط، دار مكتبة الاقتصاد، مكة، د.س.ن ص.23، والحكمة في اعتماد الشريعة الإسلامية لهذه القاعدة حيث جعلت إقامة الحجة القوية وهي البين على المدعي لأن موقفه ضعيف كونه يدعي عكس الظاهر، في حين أن المدعى عليه ذو موقف قوي، لأن الأصل عدم المدعى به، فيكتفى منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين إذا أنكر ما ادعاه المدعي، أحمد بن الشيخ مُحَمَّد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار قلم، دمشق 1989،ص.369.

[4] الآية 282 من سورة البقرة.

كما اهتمت كذلك التشريعات القانونية بمسألة الإثبات وذلك في المواد التجارية والمدنية والجزائية، وكذا في المواد الإدارية، وعلى غرار هذه التشريعات فقد تطرق المشرع الجزائري إلى طرق الإثبات معتبرا إياها نظام يرمي إلى إقامة الحجة على واقعة معينة ينفيها الخصم[1].

وانطلاقا من كون أن الإثبات هو نظام تُكْفل عن طريقه الحقوق، وتثبت به الالتزامات فسيتم تطرق إلى كيفية إثبات الشروط المقترنة بعقد الوقف، وذلك حماية لاشتراطات الواقف من جهة وضمانا لحقوق المستفيدين من تلك الاشتراطات (الفرع الأول)، إضافة التطرق إلى الحالة التي يتعذر فيها إثبات الشروط وإيجادها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

طرق إثبات الشروط المقترنة بعقد الوقف

حضيت اشتراطات الوقف بمكانة مهمة من خلال اهتمام الفقه والقانون بها، لدرجة اِعّتبرت بمثابة " نص الشارع" من حيث احترامها ووجوب العمل بمقتضاها، ولكن لا معنى لهذه الاشتراطات إذا لم تكن مقيد في كتاب الوقف، أو معلومة لدى القائمين عليه.

ومن هنا تظهر أهمية الشكلية في عقد الوقف التي كرسها القانون الجزائري من خلال قانون الأوقاف 10/91 وكذا قانون الأسرة، وغيرها من القوانين خاصة العقارية، من أجل الحفاظ على الوقف من الضياع والاندثار، أو التغيير في طبيعته الوقفية، إلى أغراض شخصية تخدم مصالح أصحابها، وحمايةً كذلك لاشتراطات الواقف من التحوير، أو التزييف، وكذا الحذف إن اقتضت الضرورة ذلك، لذلك نجد أن المشرع الجزائري وسع من دائرة الطرق التي يُثبت بها الوقف، حيث نصت المادة 35 من قانون الأوقاف على أنه:" يُثبت الوقف بجميع الطرق الإثبات الشرعية والقانونية ...".

[1] عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط2 لسنة 2011، موفم للنشر، ص.141.

وبما أن قانون الأوقاف لم ينص على الطرق التي تُثبت بها اشتراطات الواقف، وجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي لمعرفة طرق إثبات الشروط المقترنة بعقد الوقف، استنادا على نص المادة 2 من قانون الأوقاف والمادة 222 من قانون الأسرة، خاصة عند الاختلاف في أصل الشروط، وفيما ما إذا كانت صادرة حقا من الواقف نفسه، وفيما إذا كان الواقف في حال الصحة، أو غير ذلك لأن أي تجاوز أو تقصير فيما يخص الشروط، فإن أو من يُسأل على ذلك أمام القضاء هو القائم على شؤون الوقف، أو بمعنى أدق ناظر الوقف والذي سيتم التفصيل فيه في الباب الثاني من الدراسة.

وعليه، فتُثبت الشروط المقترن بعقد الوقف، أو اشتراطات الواقف وفقا للطرق التالية:

أولا:إثبات الشروط المقترنة بعقد الوقف بالإقرار

يقصد بالإقرار في اصطلاح الفقهاء بأنه:" الإخبار بثبوت الحق للغير على نفسه"، وهو بذلك يختلف عن الشهادة التي يُقصد بها الإخبار بثبوت الحق على غيره لنفسه[1]، وأما عند القانونيين فهو: "فهو اعتراف الخصم لخصمه بالحق الذي يدعيه مقدرا نتيجته قاصدا إلزام نفسه بمقتضاه"[2]، وانطلاقا من كون الوقف يُثبت بالإقرار فإن اشتراطات الواقف هي الأخرى تثبت بالإقرار، ويختلف الإقرار فيا ما إذا كان صادرا من الواقف وفيما إذا كان صادرا من الموقوف عليه على النحو المبين أدناه:

1-الإقرار الصادر من الواقف:

بداية وجب الإشارة إلى أن الثبات بالإقرار في مسألة اشتراطات الواقف، تسري علي كجميع العود، والتصرفات الأخرى القواعد العامة المتعلقة بالإقرار[3] مع مراعاة خصوصية أحكام الوقف.

[1] أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دط، دار الجامعة الجديدة، مصر،2004، ص.277.

[2] أحمد نشأت، رسالة إثبات، ج1، ط1 لسنة 2005، مكتبة العلم للجميع، لبنان، د.س.ن، ص.182.

[3] فبداية لا بد من توافر أركان الإقرار وهي: المقِر والذي يُشترط فيه أن يكون المقر بالغا عاقلا مختارا، معلوما، غير مكره، ولا محجور عليه، غير متهم في إقراره، والمقر له، ويشترط فيه أن يكون معلوما معينا، وأهلا للتملك قادرا على المطالبة، والمقر به الذي يشترط فيه أن يكون مالا متقوما يجوز المطالبة به، معلوما، مشروعا، وأن يكون سبب الاستحقاق معقولا، وان لا يكون المقر به

ومفاد أن الشروط المقترنة بعقد الوقف تثبت بإقرار الواقف باعتباره صاحب التصرف الذي نشأ بموجبه الوقف، فإذا أقر بأصل الوقف، وبشروطه، في نفس الإقرار، فيُثبت به عقد الوقف وكذا اشتراطاته ويعتبر إقرارا واحدا، لأن الوقف يُنشئ على من ذكرهم من الموقوف عليهم بالشروط التي بينها، أما إذا كان الوقف ثابتا بشروط معينة، ثم أقر الواقف بشروط جديدة فإنه لا يُعتد بإقراره لأنه رجوع عن شروط ثابتة مسبقا، أما إذا كان الوقف مجردا أصلا من الشروط، ثم أقر الواقف بشروط معينة، وكان الوقف موجها للفقراء، وكان الشرط يحرم الفقراء، أو يؤخر من استحقاقهم فلا يُعتد بالشرط ويعتبر إقرارا من الغير، إلا إذا كان الإقرار على نفسه، كما لو أسقط نفسه من الاستحقاق وجعله إلى الفقراء مباشرة، فغنه يعتد بها الإقرار[1].

2-الإقرار الصادر من الموقوف عليهم:

يُعتد بإقرار الموقوف عليه، عندما يكون صاحب استحقاق أي عندما يستفيد مباشرة من غلة الوقف بعد ثبوت الوقف عليه، فإذا أقر أحد المستحقين بما يُوافق شروط الواقف بخصوص مصارف الوقف وغلاته، فيعتبر إقراراً على الغير، ولا قيمة له، أما إذا اقر بما يُخالف ذلك، فإن الإقرار يسري عليه وعلى أمثلاه من المستحقين إذا صدقوا إقراره، وفي حالة عدم تصديقهم له فلا يسري عليهم الإقرار، وهنا قد يقع لبس بين الإقرار بشرط حرمان المستحق في الوقف، وبين إسقاط حقه في الاستحقاق، فهنا الفقهاء اعتبروا أن الحق في الاستحقاق في الوقف من الحقوق التي لا تقبل الإسقاط أو التنازل شأنها شأن الحق في الميراث لأنها ثابتة بشرط الواقف، عكس الإقرار بشرط الحرمان الذي يُعدم الحق بالاستحقاق من أصله باعتباره إخبار عما صدر من الواقف، ويُعتد بإقراره ويُحرم[2].

ملكا للمقر، إضافة إلى صيغة الإقرار التي يشترط فيها أن تكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، جازمة ومنجزة، مُحَمَّد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ج1، ص.238 وما يليها.

[1] مُحَمَّد مصطفى الزرقا، أحكام الأوقاف، المرجع السابق، ص.185 وما يليها.

[2] المرجع نفسه، ص.188-189.

ثانيا: إثبات الشروط المقترنة بعقد الوقف بالشهادة

يقصد بالشهادة في الفقه الإسلامي بأنها:" إخبار شخص بحق لغيره على غيره بلفظ أشهد"[1] وتعتبر الشهادة من الوسائل التي يُثبت بها الوقف سواء كان وقفا عقاريا أو منقولا[2]، وكما تم التطرق سابقا إلى توثيق الوقف عن طريق وثيقة الإشهاد المكتوب[3] التي تعتمد على شهادة أشخاص حيث نصت المادة 8 من قانون الأوقاف 10/91 في فقرتها السادسة على:" الأملاك التي تظهر بناءً على وثيقة أو شهادات عدول من الأهالي...".

وتقبل الشهادة كوسيلة لإثبات الوقف كما تثبت لإثبات اشتراطات الواقف، على أنه لا يقبل إثبات الشروط بشهادة التسامع، على عكس إثبات الوقف الذي يجوز إثبات أصله بالتسامع[4] فيشترط لإثبات شرط الواقف بالشهادة أن يكون الشاهد قد سمع من الواقف نفسه.

وعليه، فكما يثبت أصل الوقف بالشهادة، فتثبت الاشتراطات بموجبها، سواء كانت الشروط مصاحبة للوقف، أو لاحقة، وقد يستعين الموقوف عليه المستحق بالشهادة لإثبات حقه في الاستحقاق إذا أنكر الواقف شرط وذلك حال حياته، كما يمكن أن يستعين بها أيضا إذا أنكر مستحق آخر حقه في الاستحقاق في حالة وفاة الواقف، ويجب أن يكون الشاهد قد عاصر الواقف أثناء حياته، وأن يكون بالغا سن وقت الإدلاء بالشهادة، وأن تدل الشهادة على أنه كان حاضرا عند انعقاد الوقف، وذلك مع مراعاة الشروط العامة للشهادة[5].

---

[1] مُحَمَّد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ج2، ص.102

[2] سناء الشيخ، إثبات التصرفات العقارية الصادرة بالإرادة المنفردة " الوصية والوقف"،م.م.ع.1 لسنة 2009، ص.101.

[3] الإشهاد المكتوب هو عبارة عن شهادة مكتوبة يدلي بها شاهد عدل يثبت بموجبها الملك الوقفي، وقد نظمها المرسوم التنفيذي 336/2000، المؤرخ في 26 أكتوبر 2000، المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروطه وكيفيات إصدارها وتسليمها،ج.ر.ع.64 لسنة 2000.

[4] مُحَمَّد قدري باشا، قانون العدل والإنصاف لحل مشكلات الأوقاف، ط5 لسنة 1928، مكتبة الأهرام، مصر، د.س.ن ص.220.

[5] مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، المرجع السابق، ص196.

ثالثا: إثبات الشروط المقترن بعقد الوقف بعقد الوقف

يعتبر إثبات اشتراطات الواقف عن طريق عقد الوقف، أو كما يُطلق عليها حجة الوقف أو الوقفية من أقوى طرق الإثبات، وأكثرها حجة في مواجهة الغير، وقد سبق التطرق إلى كون الوقف من العقود الشكلية وبالتحديد إلى إخضاعه إلى قاعدة الرسمية في إطار استعراض ما ينفرد به الوقف من خصائص[1]، وذلك حرصا من القانون الجزائري لحماية الأوقاف من مختلف التعديات والتجاوزات.

وسواء كان عقد الوقف عرفيا أو رسميا فإنه حجة في مواجهة الآخرين إذا كان مستوفيا للأوضاع والشروط القانونية خاصة في ما تعلق بالعقد العرفي الذي اشترط فيه القانون أن يكون ثابت التاريخ ليثبت به الوقف[2].

وعليه، يعتبر عقد الوقف حجة كافية لإثبات ما تضمنته شروط الواقف، فكل شرط في عقد الوقف معتبرٌ وثابت في نظر الفقه والقانون وكذا القضاء، فينتفع المستحقون في الوقف بمقتضى تلك الشروط المدونة في كتاب الوقف، وتصرف وتوزع الغلاة بموجبها[3].

رابعا: إثبات الشروط المقترنة بعقد الوقف بالتعامل

يقصد بالتعامل على وجع العموم ما جرى عليه العرف والعادة، أما فيما يخص التعامل في الوقف فهو:" توارد العمل على أمر واحد في الوقف، من ثلاث قُوَّام عليه متعاقبين"[4]، ويتعلق التعامل بطريقة العمل ، وليس بألفاظ الواقفين، أي كيف كان يتعامل القائمون على الوقف من حيث صرف الغلاة وتوزيع المستحقات، فالتعامل لا يتعلق بألفاظ الواقفين وعباراتهم، وإنما بما جرى بع عمل متولي

[1] عد للمادة 41 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، والمادة 217 من قانون الأسرة التي تحيل للمادة 191 من نفس القانون.

[2] للمزيد بهذا الخصوص عد إلى: عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، ط9 لسنة 2013، دار هومه، الجزائر د.س.ن ص.15 وما يليها.

[3] مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، المرجع السابق، ص.197.

[4] محمد قدري باشا، المرجع السابق، ص.207.

الوقف، فإذا وقع نزاع حول الاستحقاق في الوقف، ودعا المستحقون أن الواقف شرط كذا، فإن الإثبات هنا يخضع إما للإقرار أو الشهادة أو عقد الوقف، لأن التعامل يشبع إلى حد كبير الشهادة بالتسامع، ولا يجوز إثبات شروط الواقف بالتسامع، إنما التعامل يُرجع إليه في حال ضياع أو فقدان شرط الواقف، لأن التعامل نفسه يحتاج إلى إثبات عن طريق دعوى أمام القضاء ليكون حجة مثبتة لحقوق الوقف بدل شروط الواقف، وجرت العادة لإثبات التعامل أن يكون بشهادة الشهود أمام القضاء المختص، ليكتسب التعامل صفة الدوام والثبات مثله مثل عقد الوقف بموجب الحكم القضائي، ويشترط لاحتجاج بالتعامل شرطين مهمين، هما:

– عدم وجود شروط ثابتة ومعتبرة للواقف في عقد الوقف،

– أن تكون التولية على الوقف بالنسبة للقائمين عليه (نظار الوقف) تولية صحيحة طبقا لمقتضيات الشرع والقانون وليس دون وجه حق، لأنه لا يعتد بها لإثبات التعامل، على امتداد ثلاثة متولين للوقف كما اصطلح عليه بـ:" ثلاثة قُوَّام"[1].

الفرع الثاني

تعذر إثبات الشروط المقترنة بعقد الوقف

قد يتعذر العمل بشروط الواقفين لانقراض الموقوف عليهم رغم ثبوت تلك الشروط، كما قد يتعذر لجهالة تلك الشروط، وثبوت عدم معرفتها، وهو ما يصطلح عليه الفقهاء بـ:" الوقف المنقطع" وفي هذه الحالة إذا كان أصل الوقف معلوما وثابتا بالشهرة أو التسامع، ووقع الجهل على الشروط ومصارف الوقف، في عقد الوقف، أو سجلاته لدى المصالح المعنية، ولم تثبت حتى بالتعامل، فحكمه الشرعي، أن لا يعطى من غلاته لمن ادعى حتى يُبرهن على استحقاقه بالطرق المذكورة سابقا، وإلا

[1] مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.203 وما يليها.

وُجهت غلاته مباشرة للفقراء، لأنه معلوم الأصل، أي أن الوقف ثابت لكن أهل الاستحقاق غير ثابتين، فيوجه إلى مصرف عام وهم الفقراء[1].

ويُستخلص مما سبق، أن اشتراطات الواقف تُثبت بذات الطرق التي يُثبت بها الوقف، مع بعض الاختلافات الدقيقة، فعلى سبيل المثال يُثبت الوقف بشهادة التسامع، عكس الاشتراطات التي لا يُثبت بها، ورغم أن قانون الأوقاف لم ينص صراحة على طرق إثبات اشتراطات الواقف، إلا أنه تم الاستناد على المادة 2 من قانون الأوقاف التي تحيل إلى الفقه الإسلامي في ذلك، فكان من باب الأولى أن تنص المادة 35 على أن نفس الطرق التي يُثبت بها الوقف تثبت بها الشروط المقترنة به – اشتراطات الواقف– مع مراعاة أحكام كليهما، في الإثبات، إضافة إلى معالجة حالة تعذر إثبات شروط الواقف.

وبهذا نكون قد أنهينا الباب الأول من الدراسة، والذي حاولنا من خلاله البحث في الشروط المقترنة بعقد الوقف، أو بمعنى أدق اشتراطات الواقف، بداية من التعريف بالوقف، وبيان خصائصه وكذا أنواعه، مرورا بنظرية العامة للشرط في منظور الفقه الإسلامي والقانون الجزائري بالموازاة مع الأحكام العامة للشروط في القانون المدني، وذلك بهدف فتح المجال للولوج إلى الشرط المقترن بعد الوقف من خلال تحديد مفهومه من الناحية الفقهية والقانونية، واستعراض الضوابط التي تحكمه والدوائر التي يصنف من خلالها، الخاص منها والعام، إلى غاية النظرية التي تحكم اشتراطات الواقف وهي "اللزوم" والتعريج على أهم الاستثناءات التي تطرأ عليها خاصة ما تعلق بالتعديل والتراجع، إلى غاية الجزء المتعلق بإثبات تلك الشروط بهدف تطبيقها، وتجنب مخالفتها وحمايتها من الضياع، وذلك تكريسا للقاعدة الأسمى في كون :" شرط الواقف كنص الشارع.

[1] مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص. 211.

الباب الثاني

آثار اشتراطات الواقف على نظام الوقف

الباب الثاني

آثار اشتراطات الواقف على نظام الوقف

تمثل اشتراطات الواقف الشريعة المنظمة للنصيب الأكبر من نظام الوقف، وبعيدا عن الأحكام الفقهية وحتى القانونية، فإن هذه الاشتراطات تتغلغل في كيان الوقف بنهج يضبط صيرورته ويُسطر ديمومته. فهي من حيث أركانه تضع الشروط الواجب توافرها في الموقوف عليه حتى يكون أهلا للاستحقاق، وتُحدد من خلال الموقوف نصيب المستحق انطلاقا من طبيعة المال المراد وقفه وطريقة الانتفاع به، ومن حيث النظارة عليه في الطرق ذلك وكيفياته، بداية من تعيين الناظر مرورا باستغلال الوقف والانتفاع به وتوزيع غلاته، إلى أعمال الصيانة عليه وعمارته والمخاصمة فيه.

وكل هته المعطيات لا تتحقق إلا من خلال الواقف كونه صاحب الإرادة في التحبيس والتبرع حيث تلعب شخصية الواقف دورا كبيرا في بلورة الاشتراطات التي تعكس غايات الواقف ومراميه من خلال وقفه، فالأمر يتعدى كمال أهلية الواقف القانونية وخلوها من كل العوارض العقلية والذهنية وسلامة قدراته البدنية، وحتى وتوافر الشروط التكليفية الشرعية، لأن شخصية الواقف تلقي بضلالها حتما على الصيغة التي تجسد إرادة الواقف و تصنع الإيجاب الذي ينعقد به الوقف فتلك الألفاظ بكل ما تحويه من معان ودلالات، ما هي إلا رغبات الواقف وخواطره شكلت المعالم الأولية لمبتغاه من وراء الوقف.

ومن خلال هذا الباب من الدراسة، سنبحث في تأثير اشتراطات الواقف على المنظومة الوقفية انطلاقا من أحكام الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، من حيث الأركان التي يتأسس بموجبها الوقف (الفصل الأول) ، وكذلك من حيث آثار هذه الاشتراطات على سبل النظارة على الوقف وعلاقة ناظر الوقف من حيث تطبيق هذه الاشتراطات واحترامها (الفصل الثاني).

الفصل الأول

آثار اشتراطات الواقف على الأحكام التأسيسية لنظام الوقف

ينشأ نظام الوقف وفقا لشروط محددة، وأشكال مقررة تجعل منه نظاما فريد من حيث تكوينه الشيء الذي ينعكس جليا على مختلف الآثار التي يرتبها، وبين الاشتراطات الواقف ونظام الوقف صلة وثيقة تتجسد في تأثير هذه الأخيرة على الوقف من حيث نشأته، وعلى مختلف أحكامه.

ومن جملة ما تؤثر فيه اشتراطات الواقف أركان الوقف نظرا لكونها تمثل قوام الوقف، ومن خلال هذا الفصل سنتناول العلاقة بين اشتراطات الواقف وبين أشخاص الوقف (المبحث الأول) كركنين مؤسسين للوقف، إضافة إلى العلاقة بين الاشتراطات وركن الصيغة والمال الموقوف (المبحث الثاني).

المبحث الأول

علاقة اشتراطات الواقف بركن الواقف، والموقوف عليه

تتجسد العلاقة بين اشتراطات الواقف، وبين ركني الواقف والموقوف عليه في كونهما أشخاص مكونان للوقف من جهة، والأكثر تأثرا و تأثيرا بالاشتراطات من جهة أخرى، فالواقف هو صاحب التصرف التبرعي الذي يملي من خلال اشتراطاته مدى أحقية الموقوف عليه في الانتفاع من الوقف والموقوف عليه هو صاحب الاستحقاق المستفيد من غلات الوقف وإيراداته وفقا لشروط الواقف.

ومن خلال هذا المبحث سنستعرض كلا من علاقة الاشتراطات بالواقف (المطلب الأول) والموقوف عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الصلة بين اشتراطات وركن الواقف

تبدو الصلة واضحة وجلية بين ركن الواقف، واشتراطاته باعتبارها الصادرة منه بإيجاب حر لا يشوبه من العيوب، والأحوال ما قد يجعل تصرفه محلا للإبطال أو البطلان. ولكن الغرض هنا يتعدى أهلية الواقف القانونية في القيام بهذا التصرف، إلى المسألة ذات مناحي مختلفة تتعلق بشخصية الواقف كما أسلفنا الذكر، فالواقف تعتريه من الظروف والأمور تجعل من إرادة التحبيس لديه مبعثةً للتساؤل ومحلا لكثير من التأويلات، فقد تكون ظروفا ذاتيةً شخصيةً تتعلق بولايته على نفسه، وبحالته النفسية والعقلية أو مركزه الاجتماعي، كما قد تكون ذات طابع موضوعي تتعلق بذمته المالية مثلا سواء كان معسرا أو مُيّسرا، كل هذه المعطيات والخلفيات المتعددة الأبعاد العميقة التداعيات قد يكون لها الوقع البالغ على الاشتراطات، وركن الواقف.

ومن خلال هذا المطلب من الدراسة سنحاول معالجة مختلف هذه القضايا بما يتناسب ومتطلبات الاشتراطات الواقف، بداية من الواقف كركن (الفرع الأول)، إلى غاية إمكانية الواقف أن يشترط ومدى قدرته على ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الواقف كركن في الوقف

يعتبر الواقف من أهم الأركان المكونة للوقف باعتباره صاحب التصرف التبرعي، وشخصا من أشخاص نظام الوقف، ومن خلال هذا الفرع سنبحث في الواقف باعتباره ركنا (أولا)، وفي أهم الأحكام الخاصة المتعلقة به، و التي تكون لها علاقة باشتراطاته (ثانيا).

أولا: الواقف

يُعد الواقف المكلف الرشيد الحر الذي يصدر منه الإيجاب المنشئ لعقد الوقف[1]، وباعتباره المالك للعين التي يُراد وقفها، فيشترط فيه بوجه عام الشروط المطلوبة في سائر عقود التبرع[2]، وقد نصت المادة 10 من قانون الأوقاف 10/91 على شروط الواقف بقولها:" يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي:

- أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا؛

- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين".

ومن خلال استقراء المادة يتضح وجود شرطين رئيسيين يحويان العديد من الشروط خاصة ما تعلق بأهلية الواقف، كما أن المادة 10 من قانون الأوقاف وافقت إلى حد كبير ما جاء به الفقه الإسلامي بخصوص شروط الواقف.

حيث يشترط المالكية في الواقف أن يكون أهلا للتصرف في ماله[3]، أما الحنفية فيشترطون في الواقف أن يملك أهلية التبرع بمعنى أن يكون حرّا، عاقلا، بالغا، غير مرتد، ولا مديون محجور عليه[4] واشترط الشافعية في الواقف أن يكون أهلا للتبرع، ولو مبغض فلا يصح وقف الصبي والمجنون والسفيه

[1] سالم رضوان الموسوي، أحكام الوقف والتولية، ط1 لسنة 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د.س.ن، ص.88-89.

[2] MERCIER Ernest, Le habous ou ouakf, ses règles et sa jurisprudence, typographie Adelphe Jourdan, imprimeur libraire éditeur ,Alger,1895, p.111.

[3] شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ص.301.

[4] برهان الدين إبراهيم بن موسى علي الطرابلسي الحنفي، المرجع السابق، ص. 10

والمكاتب[1]، وعند الحنابلة فلابد أن يكون الواقف مالكا جائز التصرف، وهو في الصحة من رأس المال، وفي مرض الموت من الثلث[2].

ومن هذا المنطلق نفصل في شروط الواقف وفقا لما جاء به الفقه الإسلامي، والقانون الجزائري على النحو الآتي:

1-البلوغ:

البلوغ[3] شرط لإنشاء الوقف، وعلى ذلك لا يصح وقف الصبي سواء أكان مميزا أو غير مميز[4] فالصبي غير مميز وقفه غير معتبر لا يترتب عليه لا إلزام ولا التزام، أما بالنسبة للصبي المميز فوقفه لا يصح كذلك، ولا اثر لإذن الولي فيه، وهو رأي المذاهب الأربعة مجتمعة[5].

وقد وافق قانون الأوقاف الجزائري 10/91 رأي المذاهب الأربعة حيث نصت المادة 30 على:" وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي"[6] .

[1] زكريا بن محمد الأنصاري، تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان،1997، ص.180

[2] فخر الدين بن علي ابن عبد الله بن تيمية، بلغة الساغب وبغية الراغب، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد السعودية، د.س.ن، ص. 298.

[3] حدد فقهاء الشريعة الإسلامية سن البلوغ على النحو التالي:

- جمهور الفقهاء يضاف إليهم أبو يوسف ومحمد حددوا سن البلوغ بـ15 عاما قمرية؛
- الحنفية جعلوا 18 سنة للذكر، و17 سنة للأنثى؛
- المالكية 18 سنة للذكر والأنثى،نصر فريد واصل، الولايات الخاصة (الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية)، ط1 لسنة 2002، دار الشروق، مصر، د.س.ن، ص.25.

[4] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص.137.

[5] خالد بن علي بن محمد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص.258 وما يليها.

[6] الصبي المميز في نظر القانون المدني الجزائري هو كل شخص بلغ سن 13، وما دون ذلك فهو صبي غير مميز، عد إلى المادتين 42-43.

وبالتالي فوقف الصبي باطل بطلان مطلق سواء كان مميزا أو غير مميز، خاصة إذا تعلق الأمر بالعقود التبرعية، والتي تعتبر من التصرفات المفقرة للذمة المالية، فحماية لأموالهم كان التبرع بمختلف صوره باطلا.

وهناك من يُتْبِع البلوغ، بشرط آخر وهو الرشد، والذي يُراد به حسن التصرف في الأمور الدنيا، ولم يتفق الفقهاء على سن محدد للرشد، لأنه يختلف بحسب تجارب الشخص، وكيفية إدارته لأموره، خاصة تعامله مع الأشخاص الآخرين، فمعيار الرشد هو حسن التصرف في المال بما يقتضيه الشرع والقانون[1]، وقد حدد المشرع الجزائري سن الرشد في القانون المدني ب19 سنة كاملة للذكر والأنثى[2].

2- العقل:

فبإجماع جمهور الفقهاء(الأربعة) لا يصح وقف المجنون لأنه غير مكلف، ولا مسؤول عن تصرفاته لغياب العقل[3]، خاصة وأن الوقف يعتبر من التصرفات التبرعية التي تقتضي حضور العقل ورجاحته، إضافة على حسن التصرف في الأمور المالية، ومع ذلك هناك رأي بخصوص صحة وقف المجنون حال إفاقته وهو ما سيتم توضيحه لاحقا.

ويأخذ حكم المجنون في بطلان وقفه من كان خرفاً لفساد عقله بسبب الكبر في السن إضافة إلى المعتوه، والسكران[4]، والغضبان غضبا شديدا[1].

---

[1] مُحَمَّد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص.365-366.

[2] تنص المادة 40 من القانون المدني:" ...سن الرشد تسعة عشر (19) سنة...".

[3] عبد اللطيف مُحَمَّد عامر، أحكام الوصايا والأوقاف، دط، دار وهبه، مصر، 2006، ص.223.

[4] يوجد قول بصحة وقف السكران، رغم أ الراجح هو بطلان وقف السكران، حيث يقبل وقفه إذا توفرت الشروط الآتية:

- أن يكون غير معذور في سكره، بمعنى أن لا يكون مكرها...الخ؛
- أن يكون السكران مميزا معه بقية من عقله؛

3-الحرية:

وقد وضع الفقهاء هذا الشرط في عهد كان يسود فيه الرِّق، فلم يكون مسموحا للعبيد أن يحبسوا أو يقفوا لأنهم مملوكين لأسيادهم، ما لم يكونوا مأذونين لمثل هكذا تصرفات كونه نائب عن سيده، أو أن يملكوا من الحرية ما يسمح لهم بالتبرع، أو الإسقاط[2].

على العموم فإن وقف العبيد، أو الرقيق، أو المكاتبين غير صحيح، وهو رأي غالبية أعل الفقه والعلم[3].

6- الاختيار:

حيث أجمع الفقهاء على هذا الشرط، حيث اشترطوا في الواقف أن يكون مختارا مخيرا، ليس مكرها على التصرف[4]، استنادا على أن المكره لا تصح جميع تصرفاته، بما فيها الوقف والوصية وغيرها ويأخذ حكم المكره كل من الهازل، والمخطئ فوقفهما في نظر الفقهاء باطل ولا يصح[5]. كما يعتبر لفظ الاختيار مرادف للفظ الحرية، خاصة وأن نظام الرق غير موجود في وقتنا الحالي[6] فالاختيار يعني أن لا يكون الشخص مسلوب الحرية، وهو نفس معنى الحرية المراد في هذا السياق.

- أن يكون السكر نتيجة الخمر أي سكرٌ مطرب، وليس نتيجة دواء أو مخدر...الخ، خالد بن علي بن مُحَّد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص.289 وما يليها.

[1] المرجع نفسه، ج1، ص.311.

[2] مُحَّد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص.265.

[3] خالد بن علي بن مُحَّد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص.312.

[4] " من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع رشيدا لا مكرها". المجلس الأعلى، بتاريخ 1971/3/3 ن.ق. 1972، ع.2، ص.73.

[5] المرجع نفسه، ج1، ص.382 وما يليها.

[6] مُحَّد بن أحمد بن صالح الصالح، الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع، ط1 لسنة 2001، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، د.س.ن، ص.63.

وشرط الاختيار يعبر صراحة، وبوصف جلي عن الإرادة الواقف الحرة لإنشاء وقف، وذلك بإخراج ملكه مختارا، وحبس منفعته لمن تضمنته اشتراطاته، على وجه التأبيد والتصدق تقربا من الله عز وجلّ ابتغاء مرضاته، وكل هذه المعطيات لا تتحقق إلا إذا كان عنصر الاختيار محققا بكل مقوماته.

7 –الملكية المطلقة للعين الموقوفة:

يشترط في الواقف أن يكون مالكا للعين التي يريد أن يقفها[1]، ويجب أن تكون هذه الملكية ملكية تامة ومطلقة، بحيث أن لا تكون محل نزاع، أو معلقة بدين، أو أن يكون شريكا في الشياع وهذا الشرط بذات تتعلق به أمور كثيرة، تسوق إلى الحديث عن وقف المرهون، والحصة الشائعة...الخ، وهو ما سيتم التطرق إليه في الجزء الخاص بالموقوف، وقد شددت المادة 10 على هذا الشرط ونصت عليه في فقرتها الأولى لكونه يتعلق بمصير الوقف، ومصلحة الموقوف عليه، لأن أي حق متعلق بملكية العين الموقوفة يهدد بقاء الوقف وديمومته.

ومن خلال التطرق إلى شروط الواقف بشيء من التفصيل نجدها تنحصر في الشرطين المذكورين في المادة 10 من قانون الأوقاف 10/91، والتي جاءت وفقا لأحكام المذاهب الأربعة والتي كانت في أغلبها مجمعة على جملة هذه الشروط، لننتقل في الفرع الموالي لأحكام خاصة تنبثق عن هذه الشروط، وتؤثر إلى حد كبير في أهلية، وصلاحية الواقف في الاشتراط.

[1] BENMLHA Ghaouti, le droit patrimonial algérien de la famille. 1er édition, office des publications universitaires, Alger ,1995, p.221.

الفرع الثاني

مدى صلاحية الواقف للاشتراط

قد تعتري الواقف أحوال تحول دون أهليته لأن يقف أو يحبس شيئا من ماله، وهذه الأحوال قد تتعلق بعوامل شخصية، أو مادية، فأحيانا تشوب الشروط المطلوبة في الواقف ما يجعله وقفه محل إبطال، أو بطلان، خاصة وأن العديد من قضايا الواقف لا تزال محل خلاف فقهي.

ومن خلال هذا الفرع سيتم عرض أم تلك القضايا، وذلك في ضوء ما جاء في الفقه الإسلامي، واستعراض موقف المشرع الجزائري لمعرفة مدى موافقة، أو مخالفة هذا الأخير لأحكام الشريعة الإسلامية، نستعرض ذلك وقف الترتيب الآتي:

أولا: شرط الإسلام في الواقف

قد يُطرح شرط إسلام الواقف كون أن الوقف نظام إسلامي اختص به المسلمون دون الديانات الأخرى، رغم وجود صيغ ونظم أخرى قريبة من نظام الوقف[1]، إلا أنها تختلف جملة وتفصيلا عن الوقف كعقد ينفرد بأحكام خاصة مستقاة من روح الشريعة الإسلامية، والتي تهدف أساسا إلى تحقيق نية الواقف للتقرب من الله تعالى وفقا لاشتراطاته.

ومن خلال استعراض الشروط التي يستوجب توافرها في الواقف، لم يُذكر شرط الإسلام لا في الفقه الإسلامي، أو قانون الأوقاف الجزائري، وقد يرجع ذلك لكون أن الإسلام مفترض في الواقف،حيث أجمع علماء الشريعة الإسلامية على مشروعية وقف المسلم[2]، كما توسعوا في قضية

[1] للمزيد في هذا الخصوص عد إلى: مُحَّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص. 7 وما يليها.

[2] خالد بن علي بن مُحَّد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص.363.

وقف غير مسلم فهناك من أجازه سواء كان على المسلمين أو على غير المسلمين[1]، مع أنها تتعلق بقضية حساسة وهي القربى في الوقف والتي سيتم تناولها عند الحديث عن شروط الموقوف عليه.

ورغم أن وقف غير مسلم صحيح عند بعض المذاهب، إلا أن السؤال المطروح من قد يكون غير مسلم؟ وهل جواز وقف غير مسلم يؤخذ على إطلاقه؟

ويتعلق الحديث هنا عن كل من وقف المرتد، ووقف الذمي، فالقائلون بنفاذ وقف المرتد هم: أبو يوسف، ومُحَمَّد بن حسن، وبعض من الحنابلة، أما المالكية و الشافعية، الحنابلة فاعتبروه باطلا، أما الحنفية فجعلوا نفاذه موقوفا على إسلامه، وإلا كان الوقف فاسدا وهو أرجح الأقوال.

أما بالنسبة للذمي فوقف الكافر على العموم جائز، لأنه يملك أهلية التبرع والصدقة ومع ذلك لابد من توفر شرط القربة لصحة الوقف، فالشافعية والحنابلة اشترطوا القربة في الشريعة الإسلامية دون أن يكون قربى في دين الواقف، أما المالكية و الحنفية فيشترطون القربة في دين الواقف وفي الشريعة الإسلامية، والراجح في الأقوال أن يكون قربة في الشريعة الإسلامية فقط، على أن وقف الكافر على المساجد، أو المصاحف أو غيرها من الأماكن المتعلقة بشعائر الدين الإسلامي جائز رغم أنه غير قربة في نظر الواقف ، وهو الرأي الراجح الذي أخذ به الحنابلة والشافعية وبعض من المالكية، غير أن وقف الكافر على الكنائس ونحوها غير جائز مطلق بإجماع فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[2].

[1] زهدي يكن، الوقف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.30.

[2] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص.363 وما يليها.

ثانيا: حبس الواقف على نفسه

لقد أقر بعض فقهاء الشريعة الإسلامية بعدم صحة الوقف على النفس، واعتبروه من الشروط التي يجب أن تتوافر في الواقف، بمعنى أن لا يُوجه الواقف منافع الوقف لنفسه، لأنه أخرج ملكه لله وفي سبيل الله، فلا يجب أن تتضمن اشتراطاته ما يفيد الاستحقاق لنفسه في الوقف.

وقضية الوقف على النفس تحيل بدورها إلى قضية المال الموقوف فمن لا يخرج ملكية العين الموقوفة من ذمة الواقف فهم يجيزون الوقف على النفس، ومن يعتبرها خارجة عن ذمته فهم لا يجيزون الوقف على النفس.

واستنادا على ما سبق، فالحنفية أجازوا أن يشترط الواقف غلة الوقف، ومنافعها كلها أو بعضا منها على نفسه، أما المالكية فهم لا يجيزون الوقف على النفس، إلا في حالة ما إذا وُجد معه آخرون في الاستحقاق، أي أن يكون شريكا في منافع الوقف مع مستحقين آخرين، أما الشافعية فلا يجيزون الوقف على النفس بصفة مطلقة سواء انفرد الواقف بالاستحقاق وحده أو إلى جانب آخرين[1].

وعليه، فقد أقر جمهور الفقهاء عدا الحنفية بعدم صحة الوقف على النفس، فلا يمكن للواقف أن يشترط لنفسه الاستحقاق في الوقف، والراجح في كتب الفقه الإسلامي أن الوقف على النفس جائز لقوة دليله وحجته وهو رأي الحنفية في ذلك[2].

أما عن موقف المشرع الجزائري بخصوص الوقف على النفس فقد نصت المادة 214 من قانون الأسرة الجزائري على:" يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على أن يكون

[1] ومع أن جمهور الفقهاء لم يجيزوا الوقف على النفس، إلا أنه توجد حالتين يمكن للواقف أن يكون بهما مستحقا في الوقف وهما:
– أن يستثني بعضا من الغلة لمستحقين آخرين، وهو قول الحنفية، والحنابلة وبعض من الشافعية؛
– أن يشمل الواقف وصف من أوصاف الاستحقاق ويكون بمثابة موقوف عليه، وبه قال جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، عدا الحنفية، خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص. 411 وما يليها.

[2] المرجع نفسه، ج1، ص.404 وما يليها.

مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة"، وبالتالي فقد تبنى القانون الجزائري رأي الحنفية، لكن علقه على شرط أن يكون موجها بعد وفاة الواقف إلى جهة معينة يحددها الواقف في اشتراطاته.

وتظهر الإشكالية في الوقف على النفس، واشتراط الواقف منافع الوقف لنفسه، والإنفراد بها في كونه لا يُحقق بذلك الغاية الأسمى من الوقف وهي التقرب من الله عز وجل من خلال إخراج ملكه،أو بعضا منه لله تعالى، وتوجيه منافعه وغلاته للفقراء والمساكين من عباده، وهنا يتجلى عنصر الكراهية نوعا ما لهكذا نوع من الوقف[1]، إلا أن يجعل المنفعة بالوقف حال حياته، ثم بعد ذلك إلى الموقوف عليه من بعده.

ثالثا: الوقف المحجور عليه

ونميز في الواقف المحجور عليه، بين من كان محجورا عليه لعارض من عوارض الأهلية، أو من كان محجورا عليه لدين نفصل في ذلك، على النحو الآتي:

1-وقف المحجور عليه لعارض من عوارض الأهلية[2]:

يشترط في الواقف أن يكون عاقلا لا يعتري ذهنه ما يحول دون أهليته لإنشاء الوقف، وقد حرص القانون الجزائري، وقبله الفقه الإسلامي على معالجة هذه المسألة لكونها بالغة الحساسية خاصة وأن الوقف من التصرفات التبرعية الصادرة بالإرادة المنفردة والحرة للواقف.

[1] جاء في أحد قرارات المحكمة العليا جاء فيه: "من المقرر قانونا أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق، إلا أنه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته على أن يكون الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية"، المحكمة العليا، الغرفة العقارية في 1992/2/18، ملف رقم 78814.ن.ق، 1995، ص. 90. نقلا عن عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص. 339.

[2] يعتبر الحجر من الآليات القضائية التي تبناها قانون الأسرة الجزائري لحامية البالغين العديمي والناقصي الأهلية، وتهدف أساسا لحماية أموالهم في إطار ما يعرف بالولاية على المال، ويندرج ضمن عديمي الأهلية كل من: المجنون والمعتوه، أما ناقصي الأهلية فهم: السفيه وذو الغفلة، راجع المواد من: 101 إلى 108 من قانون الأسرة الجزائري.

والمتصفح لكتب الفقه الإسلامي، يجدهم قد توسعوا في هذه القضية إلى أبعد الحدود، ومن بين أهم التفصيلات قضية وقف السفيه و ذو الغفلة[1] نظرا لكون أن نقصان العقل فيهما، وعدم رجاحته غير بيّن للعيان إلى بعد التعامل معهما، والأصل أن وقف كل من السفيه وذو الغفلة باطل لأن الوقف من أعمال التبرع، ويرى جانب من الفقه أن وقف السفيه وذو الغفلة يؤخذ به قياسا على الوصية، أي أن وقفهما ينفذ في ثلث مالهما، وذلك تداركا لما قد فوتاه من تكاليف وواجبات شرعية، شريطة أن لا يتجاوز ثلث مالهما.

وهناك رأي آخر يُفرق بين الوقف على النفس، والوقف الموجه لغير الواقف، فإذا كان وقف السفيه أو ذو الغفلة وقفا على النفس فهو صحيح وجائز بل فيه حفظ لمال السفيه أو ذو الغفلة لأنه وفي كل الأحوال لن يتجه إلى جهات استحقاق أخرى لا بعد وفاة الواقف، بالتالي لن يضر الواقف السفيه أو ذو الغفلة لأنه الوقف على النفس لا يدخل في أعمال التبرع، أما إذا كان الوقف موجه لجهات أخرى فتطبق عليه أحكام الصبي المميز، وفي هذه الحالة يكون الوقف من قبيل التبرع ولا ينفذ[2]، وقد حسم قانون الأوقاف الجزائري هذه المسألة من خلال المادة 10 بقولها:"...أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه...".

أما بالنسبة للمجنون والمعتوه[3] فكما سبق وذُكر فوقفهما باطل، ولا يملكان أهلية التبرع فحتى وإن تبرعا فلن يكونا مدركان للمقصود من الوقف، لأن عبارات المجنون والمعتوه غير معتبرة شرعا، ولن

[1] السفيه هو من كانت تصرفاته المالية على غير مقتضى الشرع والعقل، بحيث ينفق أمواله إسرافا وبدارا في غير موضع الإنفاق فيحرم نفسه من الأولويات، وينفق ماله على الكماليات، فيكون لديه عيب في تقدير الأمور، أما ذو الغفلة فهو شخص ينفق في غير مواضع الإنفاق، ولا يستطيع فهم المعاملات المالية فيُغبن فيها، ويعتبر الفقهاء أن كلا من السفيه، وذو الغفلة لديهما عيب في التصرف وليس عيب في العقل، مُحَمَّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص.141.

[2] مُحَمَّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص.136وما يليها.

[2] الجنون هو اختلال يصيب العقل، يفقده التمييز و الإدراك الكلي، و يكون بذلك فاقدا للأهلية طبقا للمادة 81 من قانون الأسرة، أما المعتوه فيكون في ذات الخلل في الجنون، إلا أن الفرق بينهما يكمن في كون أن الجنون يرافق صاحبه باضطراب

تؤدي المقصد الشرعي المراد منها، وهو ما أكدته المادة 31 بقولها:" لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهليته التسيير...".

ورغم أن وقف المجنون والمعتوه باطل بإجماع المذاهب الإسلامية[1] والقانون، إلا أن إشكال الوحيد وهو في حال إفاقته، أي في حال الجنون المتقطع، فقد اختلف العلماء بخصوص وقف المجنون حال إفاقته، وقد اعتبر جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة أن وقفه صحيح ونافذ،إلا بعض من الحنفية الذين لم يجيزوه، والمشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء وهو ما أكدته المادة 31 من قانون الأوقاف الجزائري حيث جاء فيها:" ...أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته، وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية".

وفي جميع الأحوال فإن وقف من يعتريه عارض من عوارض الأهلية في منظور قانون الأوقاف الجزائري، وقانون الأسرة يعتبر باطلا وغير نافذ، ويجب التشديد على قضية مهمة جدا وهي أن التصرفات المجنون أو المعتوه، أو السفيه، أو ذو الغفلة قبل الحجر القضائي لا تكون باطلة إلا ما كان ظاهرا منها للعن وقت صدورها، أما بعد الحجر تكون باطلة بطلانا مطلق[2].

وهيجان وسلوكات عنيفة، عكس المعتوه الذي يكون هادئا، أحمد نصر الدين الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص.187.

[1] خالد بن علي بن مُحَّد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص. 263.

[2] انظر، المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري.

2-وقف المحجور عليه لدين:

مما هو متفق عليه عند جمهور الفقهاء عدا الحنفية أن يجوز الحجر على المدين إذا كان دينه مستغرقا لجميع ماله[1]، كما يجوز للقاضي أن يبيع بعض أمواله من اجل سداد دينه، ولو لم يكن محجورا عليه، وكان ماله غير مستغرقا للدين[2].

أما عن حكم الوقف المدين، فإذا كان الدين غير مستغرق لماله فيجوز أن يقف المدين عما زاد عن قيمة الدين، ويكون الوقف في هذه الحالة صحيحا نافذا في حق الدائنين، ولا يتوقف على إجازتهم سواء كان في صحته أو في مرضه[3]، أما إذا كان الدين مستغرقا لكل ماله، فقبل الحجر عليه يرى جمهور الفقهاء عدا المالكية أن وقفه صحيح نافذ، لا مجال لتدخل الدائنين فيه، ولو قصد به المماطلة، أما إذا كان المدين محجورا عليه بسبب الدين بناءا على طلب دائنيه، فوقفه غير نافذ ولا جائز، وهو رأي المالكية، والشافعية، والحنابلة دون الحنفية[4].

والمشرع الجزائري من خلال قانون الأوقاف وبالأخص المادة 10 سالفة الذكر، اشترط في الواقف أن يكون غير محجور عليه لكي يستطيع إنشاء الوقف، فبمفهوم المخالفة أخذ برأي جمهور الفقهاء في الحالتين سواء قبل الحجر، أو بعد الحجر.

[1] يعرف المفلس في اصطلاح الفقهاء، "هو من كانت عليه ديون حالّة أكثر من ماله"، خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق ج1، ص.336.

[2] مُحَمَّد أبو زهرة، محضرات في الوقف، المرجع السابق، ص.143.

[3] محمود مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 348.

[4] مُحَمَّد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص.64-65.

رابعا : الوقف المريض مرض الموت[1]

كلما جاء الحديث عن مرض الموت وحكم تصرفاته في الفقه الإسلامي، والقوانين الوضعية كانت في مقدمتها التصرفات التبرعية، وعلى رأسها الوقف، وتطرح مثل هكذا تصرفات لأنها تتعلق بحق الورثة، والدائنين، وكل أصحاب الحقوق على وجه العموم.

فقد تنطوي نية الواقف من خلال وقفه إلى حرمان ورثته أو بعضهم من أمواله، أو قد يتهرب الواقف في مرض الموت مع إحساسه بدنو أجله من دائنين من خلال التصرف بأمواله بالوقف، وقد كان وقف المريض مرض الموت على غرار الهبة، والوصية من المواضيع التي اكتسحت أروقة القضاء وكانت سببا في قيام دعاوى من أصحاب الحق في مال الواقف.

والمشرع الجزائري حسم موقفه تجاه تصرفات التبرعية المريض مرض الموت، وتبنى موقف جمهور الفقهاء في كون جميع تصرفاته تنفذ في حدود الثلث، واعتبارها تأخذ حكم الوصية[2]، من خلال المادة776 من القانون المدني بقوله:" كل تصرف قانوني يصدر من الشخص في حال مرض الموت

---

[1] ويعرف مرض الموت بأنه :" المرض الذي يغلب فيه الهلاك، ويقعد فيه الشخص عن القيام بمصالحه ويتصل به الموت فعلا ومباشرة سواء مات الشخص بسبب هذا المرض، أو آخر ظاهر، طالما إن الوفاة وقعت أثناء المرض"، عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث، دط، قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص.32-33، ويلحق بالمريض مرض الموت بعض الأصحاء إذا كانوا في وضعية يخاف عليها غالبا الهلاك، فيأخذ حكم المريض مرض الموت، لأن مرض الموت هو الذي يُخاف منه الهلاك غالباً فكان في المعنى سواء، نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دط، دار الهدى، 2008، ص.9.

ويشترط في الشخص حتى يكون في مرض الموت، ما يلي:

- عجز الشخص عن قضاء مصالحه العادية والمألوفة؛
- الخشية من غلبة المرض، على أن يكون هذا الأخير خطير عادة ويؤدي إلى الوفاة؛
- أن ينتهي المرض بالموت المحقق، إياد مُحَمَّد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت، مجلة الجامعة الإسلامية، لسنة2011، ع.2، ص.518 وما يليها.

[2] مُحَمَّد عبيد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج.1، ص.336، حيث أجمع المذاهب الأربعة، على حكم تصرفات المريض من هبته؛ صدقته؛ ووصيته...على ماله في حدود الثلث، أحمد بن إبراهيم بن خليل، أحكام المرضى، ط1، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الكويت، 1977، ص.293.

بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف...".

وانطلاقا مما سبق، يتضح أن حكم وقف المريض مرض الموت يكون مستندا على الأحكام السابقة، فالوقف في حال الصحة كما الهبة[1]، وأما في حال المرض يأخذ حكم الوصية، وينفذ في حدود الثلث، أما ما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة ورثته[2]، فإن أجازه البعض دون الورثة الآخرين نفذ في حق من أجازوه[3].

وهذا يكون القانون الجزائري أخذ بما جاء في أحكام المذاهب الأربعة، بإنزاله الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية[4]، وتطبق عليه نفس أحكام الوصية لوارث، وغير الوارث المنصوص عليها في المادتين 185، و189 من قانون الأسرة[5].

أما إذا كان المريض مرض الموت مدينا، فنميز فيما إذا كان الدين مستغرقا لماله، أو غير مستغرق، فإذا كان مستغرقا لماله، يُنظر فيما إذا كان محجورا، أو غير محجور عليه، فإذا وقف المدين، وهو في مرض الموت قبل الحجر عليه، فإن الوقف يتوقف على إجازة دائنيه، وتكون الإجازة بعد موته لا من يوم إنشاء الوقف، أما إذا كان محجورا عليه فيتوقف على إجازة دائنيه من يوم إنشاء الوقف ما دام الوقف مستغرقا للدين[6]، أما إذا كان الدين غير مستغرق لمال المريض مرض الموت، فيُدفع ابتداء الدين، ثم يوُقف ما بقي بعد سداد الديون[7]، ويؤخذ بعين الاعتبار في هذه المرحلة صفة الموقوف عليه، فإذا الموقوف عليه غير وارث (أجنبي)، وكان مقدار الوقف لا يزيد عن الثلث لزّم، ويأخذ حكم

[1] BENMLHA Ghaouti, op.cit.,p.220.
[2] CLAVEL Eugène, Le wakf ou habous, tome1, imprimerie diemer, le Caire, 1896, p.98-100.
[3] أحمد بن إبراهيم الخليل، المرجع السابق، ص.203.
[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/11/23، ملف رقم 96675،2001 ع خاص، ص.302.
[5] انظر المادتين 185 و 189 من قانون الأسرة.
[6] محمّد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.349.
[7] محمّد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج،1، ص.338.

الوصية، أما إذا تعدى الثلث توقف نفاذه على إجازة الورثة وإذا لم يجيزوه نفذ في حدود الثلث، أما إذا أجازه البعض دون البعض الآخر، فإنه نافذ في حق من أجازه في ما زاد عن الثلث[1].

أما إذا كان الموقوف عليه وارثا، وكان الوقف موجها لجميع الورثة لزم، أما إذا وقف على البعض دون الآخر، فهنا نفرق بين أن يخرج في ثلث المال، وهنا يكون الوقف لازماً، ولا يتوقف على إجازة أي أحد من الورثة. أما إذا تجاوز ثلث المال فإن الزيادة تتوقف على إجازة الورثة، فإذا لم يجيزوه تأخذ الزيادة حكم الفريضة، وتقسم على الورثة كلهم، وإذا أجازها البعض دون الآخرين تنفذ في حقهم في ما زاد عن الثلث.

أما إذا أُبطل الوقف في ما زاد عن الثلث، ثم ظهر للواقف مال يخرج به كل الموقوف من الثلث، فإذا كان قائما في يد الورثة صار وقفا كله، وإذا لم يكن قائما كأن بيع من أحد الورثة، فإنه لا يبطل بيعه، ولكن يأخذ منه قدر المباع، ويشترى به أرض لتوقف مكان التي بيعت[2]، وإن باع الورثة دون البعض الآخر، فما لم بُيَعْ يعود وقفا، وما بيع يشترى بقيمته عقارا ويُوقف[3].

وقانون الأوقاف الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء وخالف الحنفية كما سبق وذكر بخصوص وقف المدين والتحديد المادة 10 من نفس القانون، أما المادة 32 فقد تحدثت عن أحقية إبطال وقف المريض مرض الموت من قبل إذا كان مستغرقا لجميع أملاكه.

ويقع عبء الإثبات مرض الموت، على عاتق من له مصلحة، وبالأخص الورثة، والدائنين[4] وبما وبما أن مرض الموت واقعة مادية، فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات تكريسا لحرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية[1].

[1] محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج،1، ص.338.

[2] المرجع نفسه، ص.339-340.

[3] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.82 -83.

[4] انظر الفقرة الثانية من المادة776 من القانون المدني.

وبهذا نكون قد أجملنا أهم الأحكام الخاصة بالواقف، والتي تتعلق أساس بصلاحية، وأهلية الواقف للاشتراط، فالواقف سواء كان بخلاف الدين الإسلامي، أو كان محجورا عليه لدين أو عارض من عوارض الأهلية، أو كان يعتريه مرض يلازمه الموت المحقق، فكل هاته الأوضاع تؤثر بشكل أو بآخر على اشتراطات الواقف، وبالتحديد على الموقوف عليهم باعتبارهم أصحاب الاستحقاق في الموقوف وفقا لاشتراطاته وهو ما سيتم التطرق له في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

تطبيقات اشتراطات الواقف على الموقوف عليه

الموقوف عليه هو من يتوجه إليه الواقف من خلال وقفه، ووفقا لاشتراطاته بمنافع الوقف وغلاته، ونظرا لكون أن الموقوف عليه يستحوذ تنظيمه وبشكل كبير على اشتراطات الواقف فكان لا بد من معالجة الموقوف عليه من منظور الشروط المقترنة بعقد الوقف.

ومن خلال هذا المطلب سيتم معالجة الموقوف عليه كركن من الأركان المنظمة لعقد الوقف (الفرع الأول)، ثم تقصي أهم آثار تلك الاشتراطات عليه، خاصة ما تعلق بقضية الاستحقاق (الفرع الثاني).

[1] المحكمة العليا ، بتاريخ 1998/03/4، ملف رقم 156651، ن.ق،1999، ع56، ص. 94 "الحبس من عقود التبرع التي يستفيد فيها المحبس له من حق الانتفاع ويمكن أن يتم لجميع الورثة أو لبعض منهم. وعليه فإن التمسك ببطلانه بحجة عدم أهلية المحبس وقت إعداد عقد الحبس دون تقديم أي دليل على عدم أهليته يجعل الدفع ببطلانه غير مؤسس".

الفرع الأول

الموقوف عليه كركن في الوقف

الموقوف عليه هو صاحب الاستحقاق في العين الموقوفة، المنتفع بغلاتها المستفيد من إيراداتها على النحو الذي حدده الواقف في كتاب وقفه من خلال اشتراطاته.

وقد أجمع الفقهاء الأربعة على ضرورة أن يكون الموقوف عليه أهلا للتملك كشرط عام دون التفاصيل الشروط الأخرى، كما سبق وأن أجمعوا على شرط أن يتمتع الواقف بأهلية التبرع، حيث يشترط الحنفية إضافة إلى الشروط العامة يجب أن يُجعل الوقف إلى جهة لا تنقطع أبدا[1]، وعند المالكية فيجب الموقوف عليه أن يكون أهلا للتمليك سواء كان موجودا أو معدوما كمن سيولد (الجنين)، أو كالعقب وسواء كان غنيا أو فقيرا، لأن الوقف من باب العطايا وليس الصدقات[2]، أما الشافعية فيشترطون في الموقوف عليه أن يكون موجودا حال الوقف أهلا للتملك[3]، وأما الحنابلة فيشترطون أن يكون الموقوف عليه جهة بر إضافة إلى عموم الشروط الأخرى[4].

أما قانون الأوقاف الجزائري فقد نص على ركن الموقوف عليه، وما يتوجب فيه من شروط رغم انه لم يحددها التحديد الدقيق، ولم يعطها الوصف الكامل إلا أنه عرفها على أساس أنها الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، كما أتاح المجال على أن يكون الموقوف عليه إمّا شخصا طبيعيا أو اعتباريا، واستحقاق الشخص الطبيعي مرهون بالقبول، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية[5].

---

[1] عبد الغني الغنيمي، المرجع السابق، ص. 182

[2] عبد الله مُحَمَّد الخرشي، الخرشي على مختصر الخليل، ط2، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1899، ص. 80

[3] شرف الدين إسماعيل بن مقري، روض الطالب ونهاية مطلب الراغب، ط1، دار الضياء، كويت،2013، ص.941

[4] موفق الدين بن قدامة المقدسي، الكافي، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص. 251.

[5] عد للمادة 13 من قانون الأوقاف الجزائري 10/91.

واستنادا على ما سبق من أحكام سيتم تناول أهم الشروط المطلوبة في الموقوف عليه والمتفق على توافرها عند المذاهب الأربعة بالموازاة مع أحكام القانون الأوقاف 10/91 على الترتيب المبين أدناه:

أولا: أن يكون أهلا للتملك

حيث يشترط الفقه الإسلامي أن يكون الوقف على جهة يصح أن تُملك كالإنسان[1]، أو التملك لها كالمساجد والمدارس وغيرها، وذلك هو المتفق عليه عند جمهور الفقهاء، ويستوي في ذلك من قال أن ملكية العين الموقوفة تنتقل إلى حكم ملك الله تعالى، أو إلى ملك الموقوف عليه لأن الغاية من الوقف صرف غلته، وتمليك منافعه للموقوف عليه[2].

ثانيا: أن يكون الموقوف عليه جهة بر

لقد اتفق الأئمة الأربعة على اشتراط أن لا يكون الوقف على جهة معصية كأن يقف على الكنائس، أو شرب الخمر وغيرها من المعاصي، وإنما على جهة بر والإحسان، لان الغاية والأساس الذي يستمد منه الوقف مشروعيته هو التقرب من الله عز وجل كسب رضوانه، وهذا الشرط معتبر في وقف المسلم، وليس بحق غير المسلم كما تقدم سابقا بخصوص اشتراط الإسلام في الواقف[3] ورغم اتفاق المذاهب الأربعة على أنه لا بد أن يكون الموقوف عليه جهة برّ لا معصية، إلا أنهم اختلفوا في نوع القربة.

[1] فقد أثار موضوع الوقف على جدلا بين أوساط الفقهاء، فقد أجاز المالكية الوقف على الطير والحيوان، أما الحنفية والحنابلة فلم يجيزوه، أما الشافعية فيجيزون الوقف على الحيوانات الموقوفة، وليس المملوكة، ويبقى الراجح في الأقوال رأي المالكية، وهو الوقف على الحيوان على إطلاقه، خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص.341 وما يليها.

[2] مُحَمَّد بن أحمد صالح الصالح، المرجع السابق، ص.69-70

[3] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص.368.

فالحنفية فيشترطون أن يكون الموقوف عليه جهة قربى في نظر الإسلام وفي اعتقاد الواقف معا و بذلك أخذوا بالأمرين معا، أما المالكية فيشترطون أن يكون الموقوف عليه قربى في اعتقاد الواقف فقط لأن الوقف تصدّق في سبيل الله فمن باب أولى أن يكون الواقف معتقدا كون الموقوف عليه جهة قربى. غير أن الشافعية والحنابلة خالفوا المذهب الحنفية والمالكية واشترطوا أن يكون قربى في نظر الإسلام بصرف النظر عن اعتقاد الواقف، وعللوا ذلك بأن الوقف مشروع في الإسلام ولم يشرع في غيره، وهو إن كان من أعمال البر، فإنه يقتصر على ما يعتبره الإسلام قربة[1].

ويتضح أن القانون الجزائري كان متأرجحا في مسألة القربى ولم يتضح أي مذهب سلك في مسألة القربة، ويظهر ذلك جليا من خلال نص المادة 13 من قانون الأوقاف 10/91 خاصة وأنه قصرها على الشخص المعنوي، مع علم أن الفقهاء عمموها على جميع الأشخاص حيث جاء في نص المادة :"...أما الشخص المعنوي فيشترط أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

ثالثا: أن تكون الجهة الموقوف عليها غير منقطعة [2]

تحرص الشريعة الإسلامية على ضمان بقاء الوقف قائما بصفة دائمة، لذلك نجد تشديدا في مسألة أن تكون الجهة الموقوف عليها دائمة غير منقطة، بانقراض الموقوف عليه خاصة إذا لم توجد

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص.92 وما يليها.

[2] ومن صور الجهة الموقوفة المنقطعة نجد التالي:

– الوقف المعلوم الابتداء غير معلوم الانتهاء، ومثاله أن يكون الوقف موجها على جهة معينة من الذرية ولم يحدد الوقف مصير الوقف بعد انقراض الذرية؛

– الوقف مجهول الابتداء متصل الانتهاء، ومثاله أن يقف الشخص على ذريته و أولاده دون أن يكون لديه من يخلفه، أو أن يكون على مجهول غير معين، ثم بعد ذلك على جهة من جهات البر؛

– الوقف معلوم الابتداء والانتهاء منقطع الوسط، ومثاله كالوقف على الذرية، ثم على جهة غير معينة ثم على جهة من جهات البر، محمد الزحيلي، الوقف الذري أو الأهلي، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، الكويت، 2005، ص. 304 وما يليها.

طبقة أخرى من المستحقين ينتهي الوقف، وتضيع العين الموقوفة وبالتالي تندثر الغلاة الوقف وتتلاشى إراداته[1].

وانطلاقا من ذلك فقد أجمع علماء الشريعة على أن الوقف يكون صحيحا إذا كان معلوم الابتداء والانتهاء غير منقطع مثل أن يجعله الواقف على المساكين، والفقراء، أو على طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضها، أما أن يكون الوقف غير معلوم الانتهاء فقد اختلف العلماء في ذلك فالحنفية لا يجيزون بالاتفاق الوقف على جهة منقطعة، أما المالكية فيجيزون الوقف على جهة منقطعة سواء أكان الوقف مؤقتا أو مؤبدا، وذهب الشافعية إلى عدم صحة الوقف المنقطع – في الجملة- فلا يصح الوقف إلا على سبيل لا ينقطع، وعند الحنابلة فالوقف على جهة يُتوهم انقطاعها جائز[2].

والمشرع الجزائري من خلال قانون الاوقاف10/91 تفطن لقضية أن يكون الوقف على جهة منقطعة من خلال معالجته لانقراض الموقوف عليهم في حالة الوقف الخاص[3] حيث نصت المادة 22 منه :" تبقى الأوقاف الخاصة تحت تصرف أهلها الشرعيين المحددين حسب شروط الواقف الذين صدر حكم القاضي بإلحاقهم الوقف ويؤول الوقف مباشرة بعد انقراض العقب إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ما لم يحدد الواقف مآل وقفه"، كما نصت المادة 6 معدلة من قانون الأوقاف 10/02 على الوقف الذي يُجهل فيه المستحقون – الموقوف عليهم حيث جاء في نصها:" ...وقف لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة..."[4].

---

[1] والفرق بين الجهة المنقطعة والجهة غير منقطعة، هو في إمكانية حصر الموقوف عليهم فإذا كانت الجهة غير منقطعة تعذر إحصاء المستحقين فيها، على عكس الجهة المنقطعة التي غالبا ما تكون على معين وأمكن حصر المستحقين فيها، ومجال إعمال هذا النوع يكون في الوقف الخاص الذري، مُحَمَّد كمال الدين إمام، المرجع السابق ، ص.266.

[2] مُحَمَّد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج،1، ص.314 وما يليها.

[3] نصت المادة 6 من قانون الأوقاف 10/91 على أن:" الوقف نوعان، عام وخاص:...الوقف الخاص وهو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقراض الموقوف عليهم".

[4] يمكن العودة للمذكرة رقم1 المؤرخة في 2010 الخاصة بإعطاء مفهوم للوقف: المعروف والمجهول وطريقة تسوية وضعيته وكيفية استثماره.

رابعا: أن يكون الموقوف عليه موجودا

ويُطرح شرط وجود الموقوف عليه خاصة عند الحديث عن الوقف على المعدوم، وبالتحديد الوقف على ما لم يُحمل به، وهنا اختلف العلماء على قولين، القول الأول الذي يفيد بصحة الوقف على المعدوم وهو قول المالكية، والقول الثاني بعدم صحة الوقف على المعدوم وبه قال جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية، والشافعية، ويبقى القول الراجح هو صحة الوقف على المعدوم لان الوقف من أعمال الخير والقربى، فلا يُمنع منه إلا بدليل، وما تقدم كان بخصوص ما لم يُحمل به أما عن الوقف على الجنين[1] فقد أجازه المالكية وحدهم دون جمهور الفقهاء، وبذلك لم يختلف الحكم عن الوقف على المعدوم. والأبعد من ذلك هو جواز الوقف على الميت فلا يُشترط أن يكون على قيد الحياة لكون الوقف من الصدقات، والصدقة على الميت تحوز على إجماع العلماء[2].

وقانون الأوقاف الجزائري لم يتناول هذه المسائل، وبالتالي فالمادة 2 منه، والمادة 222 من قانون الأسرة تشير إلى ما تقدم ذكره بهذا الخصوص.

وبعد الإلمام بشيء وجيز بأحكام ركن الموقوف عليه، والشروط اللازمة فيه، سيتم التطرق إلى أثر اشتراطات الواقف على ركن الموقوف عليه.

[1] الحديث على الوقف على الجنين يحتمل ثلاث أوضاع، وهي:

– أن يكون الوقف على الحمل أصالة، وهو ما أجازه المالكية دون جمهور الفقهاء.

– الوقف على الحمل تبعا لغيره، كأن يقول الواقف: وقفت داري وعلى من سيولد، ويصح عند الحنفية، والمالكية، والحنابلة دون الشافعية لأنهم لا يجيزونه لا أصالة أو تبعا، خالد بن علي بن مُحَّد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص.440 وما يليها وما يليها.

[2] المرجع نفسه، ج1، ص.436 وما يليها.

الفرع الثاني

آثار اشتراطات الواقف على استحقاق الموقوف عليه

تظل قضية الاستحقاق في الوقف المجال الواسع، والخِصب الذي تتجلى فيه اشتراطات الواقف، من حيث تحديد أصحاب الاستحقاق في الوقف، توزيع غلاة الوقف، وإبراز المفاضلة أو التساوي في التقسيم، وهذا لا يتأتى إلا إذا توافرت في الموقوف عليه شروط معينة يضعها الواقف تجعله منه أهلا للاستحقاق كالحاجة، أو العوز أو أي ظرف اجتماعي أو اقتصادي يمنحه له الأحقية في الانتفاع بغلاة الوقف.

ومن خلال هذا الفرع سيتم التطرق إلى الأحكام العامة للاستحقاق في الوقف(أولا) وإبراز العلاقة القائمة بين الاستحقاق في الوقف واشتراطات الواقف (ثانيا).

أولا: الأحكام العامة للاستحقاق في الوقف

تعد مسألة الاستحقاق في الوقف من المسائل البالغة الأهمية لتعلقها بحق الموقوف عليه في الانتفاع بالوقف، وبثبوت حقه من الموقوف، وقد فصل الفقهاء في مراتب الاستحقاق وجهاته لأن جميع الأوقاف بتنوعها، تختلف باختلاف مقاصد الواقفين، وما تشتمله اشتراطاتهم، وما يريدون من مصارف[1] من خلال عقد الوقف.

وسيتم إجمال أهم الأحكام العامة للاستحقاق في الوقف على الشكل التالي:

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص.210.

1-المقصود بالاستحقاق في الوقف

يُقصد بالاستحقاق في الوقف عند فقهاء الشريعة الإسلامية الاستفادة من غلة الوقف ومنافعه، والمستحق عن الفقهاء هو المرتزق الفعلي من ريع الوقف لثبوت الحق له عن طريق الواقف[1] ويستوي في ذلك أن يكون نصيب المستحق حصة أو سهما مرتبا أو منفعة[2]، ومن ناحية أخرى لا يعتبر المستحق صاحب العين الموقوفة كما أنه لا يمثل الوقف في وجه من الوجوه، كما أن حق المستحق في الوقف لا يتعدى لأن يبيعه الوقف أو يتنازل عنه[3].

1-شروط الاستحقاق في الوقف:

علاوة عن الشروط العامة التي يجب توافرها في الموقف عليه والتي سبق ذكرها، فإن شروط الاستحقاق في الوقف تعتمد أساسا على ما يشترطه الواقف أي ما تتضمنه اشتراطاته، وعلى ذلك يمكن تلخيص أهم ما يدور في تلك الشروط وقف الترتيب المبين أدناه:

أ/ ثبوت الحق في الاستحقاق:

يعتمد ثبوت الاستحقاق في الوقف على ثلاثة صور، وهي:

* الصورة الأولى:

ويستند ثبوت الاستحقاق هنا على أن يعين الواقف الموقوف عليهم بأسمائهم، كان يقول الواقف: جعلت وقفي على مُحَمَّد ومحمود وعائشة، ثم من بعدهم على الفقراء، وبهذا يكون الوقف على هؤلاء، ويكون ثبوت الاستحقاق في الوقف عن طريق الاسم من أقوى الحجج على لثبوتها في حجة

[1] أحمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص.127.

[2] أحمد الجندي، مبادئ القضاء في مسائل الأحوال الشخصية، دط، المنشورات الحقوقية الصادر، لبنان، 2000، ص.2870.

[3] عمر مسقاوي، محضرات في الوقف ومؤسسات الوقف،ط1 لسنة 2011، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ص.45

الوقف[1]، وبالتالي فإن كان الموقوف عليهم معينين فيشترط لاستحقاقهم غلة الوقف أن يكونوا موجودين يوم إنشاء الوقف، فإذا لم يُجدوا صرفت الغلة للفقراء[2].

*** الصورة الثانية:**

ويؤسس ثبوت الاستحقاق في هذه الصورة على الوصف، ويكون هذا الوصف إما ثابتا كالعاهات المستديمة (العمى، والصمم...) ويكون شرط الاستحقاق هنا قائما يوم إنشاء الوقف أو أن يكون وصفا غير دائم، كالصغر مثلا، بأن يقول الواقف: جعلت وقفي على صغار أولادي[3]، فإذا كان الوصف مما يزول ويحتمل عوده كالفقر مثلا يعتبر تحقق الوقف وقت ظهور الغلة لا يوم إنشاء الوقف[4].

هذه الصور تُعنى بالشخص الطبيعي سواء كانوا معينين، أو غير معينين، محصورين أو غير محصورين، فالاستحقاق لا يقتصر على الأشخاص المعنوية، بل يتعدى ذلك إلى الأشخاص المعنوية والكيانات الأخرى، كالحيوانات مثلا، وجميع الأشياء المتفق على الوقف عليها في الشريعة الإسلامية والقانون (المصاحف، المكتبات...).

والمشرع الجزائري لم يفصل في شروط الاستحقاق، ولا حتى في ما يتطلبه لكن أخضع أغلب الأحكام التي تسري على الوقف إلى اشتراطات الواقف حيث تنص المادة 14 من قانون الأوقاف 10/91 على :" اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة منهي عنها"، والمادة 17 بقولها:" ...يؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه".

---

[1] سمير صبحي، أحكام الوقف في ضوء الشريعة الإسلامية، ط1 لسنة 2015، المركز القومي للإصدارات القانونية مصر،د.س.ن ص.142.

[2] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.257.

[3] سمير صبحي، المرجع السابق، ص.143.

[4] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.258.

ب/ الوجود وقت الاستحقاق:

يشترط للاستحقاق في الوقف وجود الموقوف عليهم، ونميز بين الوجود وقت إنشاء الوقف ووقت ظهور الغلة، فإذا تعلق الأمر الاستحقاق بالوقف على المعينين بأسمائهم اشترط وجودهم وقت ظهور الغلة، أما إذا تعلق الاستحقاق بوصف دائم تحقق الاستحقاق من يوم إنشاء الوقف أما إذا كان الوصف غير دائم تعلق بوقت ظهور الغلة[1].

ومن المسائل التي تطرح في شرط الوجود وقت الاستحقاق، وقف الجنين، واستحقاق المتوفى من الموقوف عليهم؛

فبالنسبة لوقف الجنين فكما تم الذكر آنفا أن المالكية وحدهم من أجازوا الوقف على الجنين ويستحق الجنين الغلة إذا ولد قبل ستة أشهر من ظهور الغلة، فلو مات قبل توزيع الغلة أخذ نصيبه حكم الميراث، أما إذا ولد بعد ستة أشهر فلا يستحق شيئا من على الوقف[2].

أما إذا تعلق الاستحقاق بوفاة أحد الموقوف عليهم المستحقين، فإما أن يكون موته بعد استحقاقه فعلا من نصيبه في غلة الوقف، وإما أن يكون موته بعد أن صار من أهل الاستحقاق وقبل أن يستحق فعلا، وإما أن يكون موته قبل أن يصير من أهل الاستحقاق.

فإذا مات الموقوف عليه بعد استحقاقه من غلة الوقف كان نصيبه في غلة الوقف ملكا خالصا لورثته، ويقسم وفقا لأحكام الميراث، أما إذا مات الموقوف عليه بعد أن صار من أهل الاستحقاق وقبل أن يستحق بصورة فعلية نصيبه، فيُرجع في ذلك إلى شرط الواقف في ذلك، فإذا شرط مثلا أن يكون من بعده على أولاده نفذ ذلك، وإذا لم ينص الواقف على حكم من مات من المستحقين، فإذا كان لفظ الواقف في تعبيره على من مات من الموقف عليهم يصدق على باقي المستحقين رجع

[1] المرجع نفسه، ص.258.

[2] زهدي يكن، الوقف في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص.153.

نصيب من مات إلى أصل الغلة واعتبر كأن لم يكن، وإذا كان اللفظ لا يصدق على الباقين يعتبر وقفا لا مصرف له، ويُصرف للفقراء، أما إذا مات الموقوف عليهم قبل أن يكون من أهل الاستحقاق أصلا فحكمه حكم من مات بعد أن صار من أهل الاستحقاق، فيُنظر إلى شرط الواقف في ذلك فإذا كان الباقون بعد موت الموقف عليه يصدق عليهم شرط الواقف رجع نصيبه إلى غلة الوقف ويعتبر كأن لم يكن، أما إذا لم يصدق عليهم شرط الواقف قام الفرع مقام الأصل، وأخذ ما كان يستحقه أصله لو كان حيا[1]، ومن كان غائبا من المستحقين، أو مفقودا فلا يرف استحقاقه من الغلة لغيره بدون مبرر شرعي[2].

وقد حدد الفقهاء الاستحقاق في مثل هكذا حالة بطبقتين لا أكثر لتجنب هذه الوضعيات التي تسبب العديد من الإشكالات في الاستحقاق، وفي كثير من الحالات تؤدي إلى قيام نزاعات أمام القضاء، وعليه لابد من توافر شروط لاستحقاق ورثة الموقوف عليه، وهي:

- أن يكون موقوفا عليهم كأصلهم وفقا لاشتراطات الوقف المنصوص عليها في عقد الوقف؛
- أن يكون مواليا لأصله في الاستحقاق بحيث لا يحجبه غير أصله ولا يستحق حتى ينقرض أصله؛
- أن لا يشوبه ما يحرمه من الاستحقاق في الوقف[3].

فإذا مات المستحق الأصلي وتوافرت الشروط المذكورة أعلاه، نميز بين ما إذا كانت الوفاة قبل خروج الغلة أو بعدها، فإذا توفي بعد خروج الغلة تثبت لورثته، وإن كانت قبل خروج الغلة فلا يثبت لهم شيء، وإذا عُجلت الغلة للمستحق ثم مات قبل انتهاء السنة التي قبض استحقاقه فيها فلا يُسترد منها شيء، كما يمكنهم المطالبة بغلة السنين السابقة إذا كانت متبقية.[4]

[1] سمير صبحي، المرجع سابق، ص.146-147.

[2] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.282.

[3] أحمد الجندي، مبادئ القضاء في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.2857.

[4] زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص. 157.

وقانون الأوقاف الجزائري لم يكن صريحا كفاية في هذه المسألة فقد نص على معلومية الجهة الموقف عليها، كما شرط لاستحقاق الموقف عليه الوجود بالنسبة للشخص الطبيعي تاركا الجوانب التفصيلية إلى موقف الفقه الإسلامي بهذا الخصوص، وذلك بالرجوع إليها.

ج/ قبول الموقوف عليه:

الوقف من التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة للواقف بنية التبرع، وبالتالي فالقبول فيها ليس من أركان الوقف، ولا من شروط صحته، وإنما القبول شرط في الاستحقاق[1] في بعض الحالات خاصة إذا تعلق الأمر بأشخاص معينين بذواتهم المستحقين بأسمائهم مثلا فهنا يكون القبول محل اعتبار.

وعليه، فقد اتفق الفقهاء على أن الموقوف عليه إن كان معينا بالوصف، ولا يتناوله الحصر كالفقراء لا يشترط لصحة الوقف وللاستحقاق فيه قبول الموقوف عليه لتعذر ذلك، فالوقف في هذه الحالة يتم بالإيجاب وحده من حيث صحته ومن حيت الاستحقاق فيه فلا يتوجب القبول، أما إذا كان الوقف على معين ثم من بعده على الفقراء، فإذا قبل كان الاستحقاق له ومن بعده على الفقراء أما في حال عدم القبول توجه الاستحقاق مباشرة إلى المستحق من بعده[2].

أما إذا كان الوقف موجها لناقص أو عديم الأهلية لصغره أو لخلل في عقله، فوليه أو وصيه القائم عليه هو المؤهل بقبول الوقف[3].

أما عن موقف المشرع الجزائري فلم يفصل كثيرا في مسألة القبول، ومع ذلك أورد بعض الحكام المهمة، حيث نصت المادة 7 من قانون الأوقاف على الحالة التي لم يرد القبول فيها من طرف الموقوف عليه حيث نصت المادة على :" يصير الوقف الخاص عاما إذا لم يقبله الموقوف عليه" وبالتالي، فإن مسألة القبول كثيرا ما تثار في الوقف الخاص الموجه لفئة معينة إما بأسمائها أوبسبب

[1] مُحَمَّد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.324.

[2] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.75-76.

[3] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص. 461 وما يليها.

أوصافها كم أسلفنا الذكر، فهنا إذا لم يصدر القبول من الجهة التي شرط لها الواقف الاستحقاق بكونها وقفا خاصا، يُوجه الاستحقاق مباشرة إلى جهة من جهات البر والإحسان كالفقراء وبالتالي يصير الوقف عاما.

كما قضت المادة 13 من قانون الأوقاف على أنه يشترط لاستحقاق في الوقف الوجود والقبول بالنسبة للشخص الطبيعي، وأن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية بالنسبة للشخص المعنوي، ويتضح من خلال ذلك انه يوجد نوع من الخلط بين ما يشترط في الموقوف عليه كركن ومبين ما يشترط فيه كصاحب استحقاق، كما لم تتحدث المادة عن القبول بالنسبة لناقص وعديم الأهلية،مما يرجع في ذلك للأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري[1].

كما أُدرجت المادة 46 من قانون الأوقاف 10/91 التي تحدثت عن صلاحية السلطة المكلفة في الأوقاف بالقبول حيث جاء فيها:" السلطة المكلفة بالأوقاف هي الجهة المؤهلة لقبول الأوقاف..." لعل الحديث في هذه المادة يتعلق أكثر بالأوقاف العامة، فكان من باب أولى أن يُذكر لفظ " الأوقاف العامة" لأن الوقف الخاص يكون القبول مرهونا بالموقوف عليه طبقا لمقتضيات المادة 7 من نفس القانون.

2-طبيعة الاستحقاق في الوقف:

يتعلق الاستحقاق في الوقف بالمستحق أولا أي صاحب الاستحقاق في الوقف، وبالشيء المستحَق من الوقف.

فالمستحق هو المسترزق الفعلي من الوقف، وهو بذلك يختلف عن الموقف عليه فالموقف عليه لا يصر مستحقا إلى لحظة انتفاعه من غلة الوقف فهو قبل موعد الاستحقاق موقوف عليه فقط،وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، فالشخص الطبيعي قد يكون الواقف نفسه بأن يحتفظ بمنفعة الوقف

[1] انظر، المادة 81 وما يليها من قانون الأسرة الجزائري.

مدة حياته ثم بعد ذلك إلى الجهة التي يحددها في إطار ما يعرف بالوقف على نفس والذي سبق معالجته[1]، وقد يكون المستحقين الذين حددهم الواقف بمقتضى اشتراطاته كأن يقف على أولاده أو على القرابة بوجه عام، أما الشخص المعنوي كأن يكون جهة من جهات البر والإحسان كما سبق وان أشارت المادة 13 من قانون الأوقاف.

أما عن طبيعة الشيء المستحق من الوقف فينحصر في حق الانتفاع بأعيان الوقف، ويرجع الانتفاع هنا إلى طبيعة الموقوف عليه أي العين الموقوفة ي ما إذا كانت منقولا أو عقارا أو منفعة،إضافة إلى اشتراطات الواقف التي تحدد طريقة الانتفاع بالعين الموقوفة، فقد تكون حصة، أو سهما أو منفعة...الخ.

فإذا لم يحدد الواقف طريقة الانتفاع بالوقف في عقد الوقف، فينتفع به على الوجه الذي يُتبع في مثله من الناحية الشرعية والقانونية، بما يلائم طبيعته...فالمصاحف ينتفع بتلاوتها، والكتب بمطالعتها، والحبوب ببيعها، والنقود بإقراضها، والأراضي بزراعتها...[2]، وتقسم غلة الوقف على مستحقيها بحسب شرط الواقف بعد اقتطاع مصاريف عمارة الوقف، وجميع المصاريف المترتبة على الوقف، وتسديد الديون الواجبة على الوقف

وقد نصت المادة 18 من قانون الأوقاف 10/91 في هذا الخصوص بقولها:" ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالا غير متلف للعين....

ثانيا: دور اشتراطات الوقف في تنظيم مسائل الاستحقاق في الوقف

لقد رسخت المادتين 14 و17 من قانون الأوقاف المبدأ الذي تقوم عليه الاستحقاق في الوقف، حيث ترجع أغلب المسائل المتعلقة بالاستحقاق من حيث تنظيمها، وتحديد أصحاب

[1] انظر، المادة 214 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 393-394.

الاستحقاق فيها، وكيفية توزيع غلاة العين الموقوفة إلى اشتراطات الواقف، فهي المرجع الأساسي في تحديد كل هذه المسائل.

وانطلاقا من هذه المعطيات نعالج هذه المسائل على النحو الآتي:

1-تعيين الواقف لأصحاب الاستحقاق في الوقف

انطلاقا من كون أن الواقف هو من يحدد المستحقين سواء في الوقف العام أو الخاص المستند أساسا على حريته في وضع الاشتراطات على وجه العموم، وفي الاستحقاق على وجع الخصوص ما لم تكن مخالفة لمقتضيات الشريعة الإسلامية والقانون. نورد أهم فئات الاستحقاق التي يشترطها الواقف[1] طبقا لما هو متعارف عليه، على النحو المبين أدناه:

أ/ وقف الواقف على الولد:

لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأوقاف 10/91 إلى مصطلح الولد لا في عملية الاشتراط ولا في قضية الاستحقاق، وقد اقتصر قانون الأوقاف في استعمال المصطلحات التالية: " الموقوف عليهم" ،" المستحقين"، " المنتفعين" وأفرد مصطلحا خاصا معتمد عند فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفه للوقف الخاص، وهو:" العقب"، مما يجعل تفسر النص يُحمل على تفسيره العام، ومع ذلك فإن تحديد لفظ " الولد" وما يحمله من معاني يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية استنادا على نص المادة 2 من قانون الأوقاف.

[1] وتندرج ضمن فئات الاستحقاق وقف الواقف على نفسه، والتي سبق معالجتها في ركن الواقف، ونص عليها قانون الأسرة الجزائري في المادة 214.

لقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامي على أن لفظ " الولد" يندرج تحته الذكور والإناث من حيث الجنس، وكان الإجماع أيضا على كون أن لفظ " الولد" يتناول الطبقة الأولى وهم أولاد الصلب (الواقف)[1].

وعليه، فإذا استعمل الواقف مصطلح "الولد" مجردة، فإن المقصود بها الذكور والإناث وكل من وجد من أولاد صلبه، لأن هذا اللفظ مأخوذ من الولادة ومشتقة منها، سواء أكان الولد واحدا أو متعددا لأنها مفرد مضاف فتعم الواحد والأكثر، فتكون الغلة لأولاد الصلب ماداموا، فإذا انقرضوا تصرف الغلة للفقراء[2]، وإذا مات مستحق عن حصته وليس له فرع يليه في الاستحقاق عادت حصته إلى غلة الوقف الذي كان يستحق فيه، وإذا لم يوجد أحد في طبقته صرف الريع إلى الطبقة التي تليها إلى أن يوجد أحد من أهل تلك الطبقة فيعود الاستحقاق إليها، أما إذا بطل استحقاق الطبقة صرف الريع إلى الطبقة التي تليها، أما إذا لم يكن الولد موجودا وقت الوقف وكان له ولد الابن أو بنت ابن،يُحمل قوله على أنه لولد ولده، وتعطى له الغلة لا يشاركه فيها من هو دونه في الدرجة. أما إذا لم يوجد للواقف ولد ولا دين وقت الوقف تصرف الغلة مباشرة إلى الجهة التي عينها الواقف بعد ولده،حتى إذا كان له ولد بعد ذلك استحق الغلة[3].

كما يمكن الحديث في ذات السياق على لفظ " البنين" فلفظ البنين في الوقف يتناول أبناء الوقف وبناته، فلو وقف أحدهم عقارا على بنيه، وكان له بنون وبنات دخل الكل في حكم الوقف

[1] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج2، ص.157، وبرهان الدين بن إبراهيم الحنفي، المرجع السابق، ص.95.

[2] انقراض الموقوف عليه من حالات انتهاء الوقف، سواء وُجِدَ الموقوف عليهم ثم انقرضوا، أو أنهم لم يوجَدوا أصلا ، وذلك ما لم يكن الواقف قد اشترط تحويل الوقف إلى جهة أخرى في حالة انعدام الجهة، رمضان على السيد الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، دط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص.208.

[3] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص260-261.

واستحقوا الغلة معا، لان لفظ "البنين" ينصرف إلى الأبناء والبنات بطريق التغليب فيتناول الذكور والإناث من الأولاد، وهو المعمول عليه[1].

ب/ وقف الواقف على ولده وولد ولده:

إذا وقف الوقف وقفه على درجتين (طبقتين) فقط بأن قال:" وقفت أرضي هذه على ولدي وولد ولدي ومن بعدهم إلى الفقراء" تقيم الغلة بين أولاده وأولاد أولاده عدد رؤوسهم ماداموا، فإذا انقرضوا تصرف الغلة إلى الجهة التي يعينها الواقف بعدهم، ولا تصرف إلى أولادهم، وفي جميع الأحوال يستوي في ذلك الذكر و الأنثى من الأولاد وأولاد الأولاد، وأولاد البنات[2]، لأن لفظ " ولد الولد" تناول أولاد البنين وأولاد البنات الموجودين وقت الوقف، كما يمكن الوقف إلى ثلاثة درجات (طبقات)[3].

ج/ وقف الواقف على أولاده:

إذا استعمل الواقف لفظ " الأولاد" بصيغة الجمع فذلك جائز عن علماء الفقه الإسلامي لكن محل الخلاف يكمن في محتوى لفظ " الأولاد"، وبخصوص هذه المسألة انقسم الفقه الإسلامي إلى قولين، حيث ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن لفظ " الأولاد" بصيغة الجمع يحوي أولاد الصلب ذكورا و إناثا، ويندرج ضمنها كذلك أولاد الأبناء ذكورا فقط، وذلك بحجة أن أولاد الأبناء هم من الأولاد لأنهم ينتسبون إليهم[4]، أما بعض الحنفية فذهبوا على ضرورة التفرقة بين ما إذا كان مصطلح " الولد" مفردا أو جاء بصيغة الجمع، فإذا كان مفردا تناول طبقة واحدة، وليس فيه

[1] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.268-269.

[2] لقد اختلف الفقهاء من مسألة دخول أولاد البنات من عدمه، حيث ذهب الحنفية والشافعية إلى دخول أولاد البنات، أما المالكية و الحنابلة فقد أقروا بعدم دخول أولاد البنات، أبي الوليد بن أحمد بن مُحَمَّد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، ج2 ط1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1998، ص.322.

[3] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.262-263.

[4] خالد بن علي مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج2، ص.160.

ما يدل على تعديه إلى الطبقة الموالية، أما إذا جاء بصيغة الجمع فإنه يتناول من ينتسب إليه من أولاده وأولاد بنيه[1].

فإذا قال الواقف بلفظ الجمع:" وقفت أرضي على أولادي" ولم يقل " أولاد أولادي" فيُحمل القول على أولاده من صلبه ذكورا كانوا أو إناث، وإذا كان للواقف ولد واحد صُرفت له الغلة، لان لفظ " الولد" يتناول الواحد عرفا، ولذلك لا يصرف منها شيء للفقراء، إلا عندما ينقرض أولاده الصلبيون، كما لا يُعطى منها شيء لأولاد أولاده، وإذا ذكر الواقف لفظ أولادي بأسمائهم، فتصرف الغلة لهم دون غيرهم من الأولاد الموجودين، ولا يستحق الأحفاد في الغلة إلا إذا ذكر الواقف قرينة تدل على ذلك، كان يقول :" وقفت أرضي هذه على أولادي نسلا بعد نسل" وبذلك يستحق الأحفاد على جانب الأولاد[2].

د/ وقف الواقف على أولاده وأولاد أولاده:

من القواعد المقررة لدى الفقهاء أن الوقف على الأولاد و أولادهم يدخل فيه كل بطن وإن لم يُثلث الواقف أي يُشير إلى ثلاث طبقات (درجات)، فمتى ذكر الواقف لفظ الأولاد مرتين كان ذلك شاملا لجميع البطون إلا أن ينحصر في البطنين الأول والثاني كما سبق الإشارة في الجزء المتقدم الخاص بـ:" ولد والولد" فالذي يلي أولاد الأولاد لا يدخل إلا إذا ذكرهم الواقف[3].

هـ/ وقف الواقف على الذرية:

يطلق لفظ " الذرية" أو " النسل" و العشيرة"في الوقف على البطون قريبها وبعيدها، فهو يتناول الأولاد الصلبية، والأحفاد، أي الأولاد و أولاد الأولاد و أولادهم أبدا ما تناسلوا[4]، وقد اتفق الفقهاء

[1] مُحَمَّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص.306.
[2] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.293-294.
[3] المرجع نفسه، ص264.
[4] المرجع نفسه، ص.266.

على أن أولاد الأولاد يندرجون في مصطلح " النسل" أو الذرية"، لكن الخلاف حاصل في ما يخص أولاد البنات، فذهب الحنفية[1] والشافعية[2] على أن أولاد البنات يدخلون في لفظ " الذرية والنسل"،أما المالكية[3] والحنابلة[4] فذهبوا إلى عكس ذلك فأولاد البنات لا يشملهم لفظ الذرية أو النسل.

و/ وقف الواقف على العقب:

يُراد بلفظ "العقب" الولد وولد الولد أبدا ما تناسلوا من الأولاد ذكورا وإناثا[5]، فمن كان أبوه من أولاد الواقف الذكور كان عقابا[6]، فإذا قال الواقف:" وقفت داري هذه على عقبي" أصبحت موقوفة على أولاده وعلى أولاد أولاده المتوالدين من أولاده الذكور أبدا ما تناسلوا والعقب إذا اِشترطت له الغلة فإنه لا يستحقها إلا بعد وفاة الواقف لأنه لا يعد عقبا له إلا بعد وفاته[7].

[1] مُحَمَّد أمين بن عمر عابدين، المرجع السابق، ص.541.

[2] مُحَمَّد بن مُحَمَّد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دط، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000 ص.388.

[3] أبي الوليد بن أحمد بن مُحَمَّد بن رشد القرطبي ، المرجع السابق، ج3، ص.45.

[4] مُحَمَّد بن أحمد بن عبد العزيز، معونة أولى النهى،ج5، ط5 لسنة 2008، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، ص.381.

[5] MERCIER Ernest , op.cit . .p.143,

[6] حيث أن أولاد البنات محل خلاف أيضا في ما يخص الوقف على العقب، فقد ذهب كل من الحنفية، والمالكية، وقول عند الشافعية بأنهم لا يندرجون ضمن العقب، أما من أقروا بدخول أولاد البنات في لفظ العقب عم بعض المالكية، والشافعية والحنابلة والراجح هو القول الأول، خالد بن مُحَمَّد علي المشيقح، المرجع السابق، ج2، ص.184 وما يليها.

[7] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.267-268.

ز/ وقف الواقف على القرابة[1]:

القرابة هي كل من يناسب الواقف إلى أقصى أب له من قبل أبيه، وإلى أقصى أب له من قبل أمه وهو الراجح في أقوال العلماء[2]، فيقال لهم: أقارب، وأقرباء، وذوو قرابة، ويندرج ضمنهم كل قريب له صغيرا كان أم كبير ذكرا كان أو أنثى، مسلما أو مسيحيا[3]، ما عدا أبويه وولده من صلبه فهؤلاء لا لا يعدون قرابة[4] لقوله تعالى﴿ الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ ﴾[5].

وعليه، فإذا قال الواقف:" ارضي هذه صدقة موقوفة على الله عز وجل أبدا على قرابتي أو أقربائي، أو أقاربي، أو على ذوي قرابتي، فإذا انقرضوا فهي على المساكين" جاز الوقف وصرفت غلة الوقف للأقارب الموجودين يوم الوقف، وإلى من يحدث من قرابته أبدا، وإذا قال الواقف :" على قرابتي من قبل أمي وأبي" فتقسم الغلة بين الفريقين نصفين، سواء تساوى العدد أو اختلف ويكون نصف كل فريق بالسوية بين أفراده، لأن مراد الواقف أن تكون الغلة لقرابته من الجهتين لا أن تجمع القرابتان معا في الواحد، أما إذا قال بصيغة الجمع فتقسم الغلة بالتساوي[6].

---

[1] ويكون ذلك بالنسبة للأقارب الفقراء، ذوي الحاجة، بحيث يكون الواقف في ميسرة وبسطة من الرزق فيجعل وقفه لأقاربه من أجل أن يسد حاجاتهم ويدفع عوزهم، وعليه تكون غلة الوقف لهم ثم للفقراء بعدهم، ولقد جعل فقهاء الشريعة الإسلامية الوقف على الأقارب المساكين والفقراء أولى، مُحَمَّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص222، فلو وقف على الفقراء من قرابته استحق وقفه كل من كان متصفا بالفقر من أقربائه وقت خروج الغلة، سواء كان موجودا وقت الوقف أو حدث بعده زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص153.

[2] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج2، ص.208.

[3] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.271.

[4] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج2، ص.204.

[5] الآية 180 من سورة البقرة.

[6] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.272-273.

2- أثر اشتراطات الواقف على الاستحقاق في الوقف:

من خلال ما سبق عرضه عن فئات الاستحقاق وما يندرج ضمنها من مستحين يتضح أن اشتراطات الواقف تحضى بالنصيب الأكبر في تنظيم شؤون الاستحقاق، وبالتالي فلها تأثير كبير على سريان عملية الاستحقاق من جميع النواحي.

ويبقى الوقف الخاص هو من يطرح العديد من الإشكالات في الاستحقاق والتي يكون مردها في أغلب الأحيان إلى اشتراطات الواقف، فالوقف الخاص (الذري، الأهلي) الموجه إلى من ينتسب للواقف كما تم التفصيل لاحقا تكون الاشتراطات فيه هي من تحدد أصحاب الاستحقاق، ونصيب المستحق، وكذلك طبيعة الشيء المستحق الأمر الذي يعزز من جديد تأثيرها على عملية الاستحقاق[1]، على عكس الوقف العام الموجه إلى جهات البر والإحسان سواء كانوا معينين أو غير معينين، محصورين أو غير محصورين[2]، فتبقى اشتراطات الواقف لا تطرح كثيرا من الإشكالات بخصوص الاستحقاق، وإن وجدت فتبقى قليلة مقارنة مع الوقف الخاص.

ومن أهم الاشتراطات التي لها آثار عميقة على الاستحقاق الشروط العشرة، والتي تثير إشكالات كبيرة، وعديدة بين المستحقين خاصة إذا كان ينطوي عليها تفضيل في توزيع غلة الوقف أو تخصيص لفئة معينة من المستحقين بريع معين لهم دون سواهم، أو حرمان لبعض المستحقين والذي يقتضي إخراج بعض المستحقين، وإدخال البعض الأخر.

[1] ينقسم الاستحقاق في الوقف إلى نوعين، الاستحقاق الواجب ويتضمن من يرثون الواقف فعلا من ذريته، وزوجه، أزواجه ووالديه على ثلث ماله، أما الاستحقاق غير واجب فهو ما زاد عن ثلث مال الواقف سواء أكان المستحق من ورثة الواقف، أم من غير ورثته، سمير صبري، المرجع السابق، ص.155.

[2] راجع بهذا الخصوص المادة 6 من القانون 10/02 المعدل لبعض مواد قانون الأوقاف 10/91 المشار إليه سابقا.

ويبقى شرط الحرمان أكثر تلك الشروط حساسية بين المستحقين، فاتجاه إرادة الواقف إلى حرمان فئة دون أخرى وتمكينها من غلات الوقف أثارت ولا تزال تثير الكثير من الإشكالات وتؤدي إلى قيام نزاعات بين المستحقين.

ولعل من الانعكاسات السلبية لاشتراطات الواقف على الاستحقاق، مسألة حرمان البنات من الاستحقاق دون الذكور على أساس احترام اشتراطات الواقف، أو تفضيل الذكور على الإناث في الاستحقاق، فشرط حرمان البنات الذي يعتبر من الشروط العشرة والتي خُولت للواقف أن يضعها في عقد الوقف، أدت إلى إجحاف كبير، وهضم لحقوق البنات في الاستحقاق والانتفاع من وقف مورثهم، والتي ترجع أساسا إلى خلفيات تاريخية، واجتماعية مستقاة من عصور الجاهلية عند العرب، حين كانت تُحرم النساء من حقوقهن من تركة مورثهم، وتبقى حكرا على الرجال فقط، ومن هذا المنطلق غير عادل اعتاد بعض الواقفين الوقف على أبنائم دون بناتهم استنادا على نزعة الجاهلية في تهميش الإناث[1].

وسواء تعلق الأمر بشرط الحرمان أو التفضيل، فإن الفقهاء شددوا على هذه المسألة، وهو رأي جمهور الفقهاء[2]، مصداقا لقوله تعالى﴿ وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَٰذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا ۖ وَإِن يَكُن مَّيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَاءُ ۚ سَيَجْزِيهِمْ وَصْفَهُمْ ۚ إِنَّهُ حَكِيمٌ عَلِيمٌ﴾[3].

[1] مُحَمَّد مصطفى الزرقا، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.154.

[2] أجاز الحنفية أن يتم إخراج البنات من الاستحقاق في الوقف، على أن يعود لها حقها في حالة طلاقها، أو وفاة زوجها، أو عند الحاجة وأصبحت ترد في شروط الواقفين ما مقتضاه" أن نصيب البنت إذا تزوجت آل إلى أخواتها من البنات اللاتي لم تتزوجن بعد، وفي حال تطلقت أو رُملت استحقت نصيبها من الوقف، محمود الزريقي، الوقف الذري بين الواقع والآفاق دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، أعمال منتدى القضايا الوقف الفقهية الثاني، تحديات عصرية..... اجتهادات شرعية الكويت،2005، ص.331، وهناك من الفقهاء من أجاز التفضيل قياسا على القسمة في المواريث، ويستوي في الحكم التخصيص أيضا رغم أنه مكروه عند أغلبهم ، إلا أن يقوم سبب مشروع على ذلك كالحاجة مثلا، ميمون بن عبد السلام باريش، ضرورة إصلاح تشريعات الأوقاف لتوجيه إرادة الواقفين واحترامها، المؤتمر الثالث للأوقاف، الجامعة الإسلامية السعودية،2009، ص.444-445.

[3] سورة الأنعام، الآية 139.

وعليه، فإن جميع الاشتراطات التي تدور في فلك التمييز بين الجنسين، أو إقصاء جهة على حساس جهة، أو تمييزها على حساب الأخرى، فإنها تتنافى مع المقاصد، والاعتبارات التي وُجد من أجلها الوقف والتي تصب في نية التقرب من الله عز وجل، فمثل هذه الشروط تساهم في زرع العداوة والكراهية بين المستحقين، وقد أكدت الممارسات القضاء الجزائري في هذا الصدد على إبطال جميع الأوقاف التي تهدف إلى حرمان الورثة، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا :"من المقرر شرعا أنه يبطل الحبس عندما يحرر بسوء نية قصد حرمان الورثة من الميراث"[1]، إلا أن مسألة حرمان البنات فقد كان القضاء متأرجحا فيها، خاصة الأوقاف التي أسست حرمان البنات من الاستحقاق على المذهب الحنفي[2]، إذا تزوجن، واستغنين بزواجهن، على أن يرجع حقهن في الاستحقاق في حالة طلاقها أو وفاة زوجها حيث جاء في قرار المحكمة العليا:" "...الحبس المؤسس على المذهب الحنفي ليس للقضاة الإطالة بحجة تفضيله الذكور على الإناث... من المقرر شرعا أن الحبس الذي يحرر وفقا للمذهب الحنفي يرخص بالتحبيس على النفس قيد الحياة ولا يشترط فيه الحيازة كما أنه يسمح بإخراج البنات بشرط أن يجعل لمن عند الاحتياج حق استغلال الأملاك المحبسة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه قصور في التسبيب وانتهاك لقواعد الشريعة الإسلامية، في غير محله يستوجب الرفض.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن عقد الحبس المحرر وفقا للمذهب المذكور ينص على وجه الخصوص أن البنات الثلاثة–الطاعنات–لهن حق الاستغلال في البستان، فإن القضاة الاستئناف بإثباتهم ذلك بما لهم من سلطة تقديرية في الموضوع، والقضاء برفض دعوى المدعيات برروا ما قضوا به

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/11/16، ملف رقم230617، م،إ،ق، غ،أ،ش، ع خاص،2001،ص11.

[2] المحكمة العليا، الغرفة العقارية،2001/5/18، ملف رقم 205468، م.ق، 2002، ع2،ص.382. الذي جاء في مبدئه :"لا يحق للطاعنات المطالبة بحقوقهن الميراثية تطبيقا لعقد الحبس المحرر وقفا للمذهب الحنفي"، م،ق، 2002،ع2، ص.382.

تبريرا كافيا، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.."[1].

ومن باب الإنصاف فإنه ليس في جميع الأحوال، انطواء نية الواقف من خلال اشتراطاته على تفضيل بعض المستحقين على حساب الآخرين، أو إقصائهم، أو أن يهدف إلى محاربة الحقوق الميراثية التي شرعها الله عز وجل أو رسول الله ﷺ. ففي بعض الأحيان، قد لا تكون للواقف نوايا سيئة تخالف مقاصد الشريعة الإسلامية كأن يحصن تركته عن السفهاء من ورثته، ويحدد لهم نصيبا من ريع الوقف دون أن يكون لهم الحق في التصرف في أصوله، حماية لهم من الفقر والحاجة، كما قد يجعل الواقف للورثة نصيبهم في التركة على شكل وقف تجنبا للنزاعات حول تركته[2].

كما قد يكون حرمان الوقف لبعض المستحقين مبررا، ويتعلق الأمر بالحالات التالية:

– في حال قتل أحد المستحقين للواقف قتلا مانعا للإرث، فإنه يحرمه من الاستحقاق في الوقف كذلك سواء قتله وهو مستحق أو قبل أن يؤول له الاستحقاق؛

– إذا كانت لدى الواقف أسباب موضوعية، ومبررات قوية غير تعسفية لحرمان المستحق، ويخضع تحري موضوعية المبررات المانعة للاستحقاق إلى تقدير المحكمة[3].

وقد تكون هذه الأسباب قابلة للزوال، فإن حق المحروم في الاستحقاق يعود إليه، وينتقل لذريته وفقا لاشتراطات الواقف المنصوص عليها في عقد الوقف[4].

[1] المحكمة العليا 1971/03/17، ن.ق، 1972، ع2، ص.76، نقلا عن عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، المرجع السابق ص.333.

[2] محمد عثمان رأفت، الوقف الذري أو الأهلي، أعمال منتدى القضايا الوقف الفقهية الثاني، تحديات عصرية..... اجتهادات شرعية الكويت،2005. ص.256.

[3] سمير صبري، المرجع سابق، ص.157.

[4] زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.55.

3- علاقة الاستحقاق بالوقف الخاص:

إن إشكالات الاستحقاق في الوقف الخاص، والتي تؤدي في كثير من الأحيان إلى احتدام الصراعات بين المستحقين في الوقف، نظرا لأن بعض الاشتراطات قد تهضم حقوق المستحقين كما تم التطرق سابقا، فقد أدى ذلك إلى عزوف الواقفين في تحبيس أموالهم إلى أوقاف خاصة وجعلها أوقاف عامة، تفاديا لما قد يترتب من مشاكل ونزاعات التي يثيرها الوقف الخاص.

ونظرا لكثرة النزاعات التي كانت أغلبها نتيجة اشتراطات الواقف في الاستحقاق في الوقف فقد تم تعديل المادة 6 من قانون 10/91 بموجب القانون رقم 10/02 لسنة، والتي نصت على:" يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها"، ومفاد ذلك أن الأوقاف الخاصة تخضع لأحكام التبرعات " الوصية-الهبة " نظرا لتشابه أحكامها العامة، مع مراعاة أحكام المادة 222 من قانون الأسرة والمادة 2 من قانون الأوقاف، والتي تقضي برجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي فيما ما لم يرد فيه نص.

ويبرر الفقه الإسلامي والقانوني تعديل المواد الخاصة بالوقف الخاص، أو إلغاء الوقف الخاص كليةً في كثير من الدول العربية [1] إلى الأسباب التالية:

- الوقف الخاص يشجع التحايل على نظام المواريث، خاصة الاشتراطات المتعلقة بالاستحقاق في الوقف والتي ترمي إما للمفاضلة بين المستحقين أو حرمان بعضهم الآخر[2].
- أن الوقف الخاص ليس فيه ما يدل على الصدقة والقربة[3].
- كثرة الوقف الخاص يؤثر على نظام الملكية العقارية للدول المتبنية لنظام الأوقاف الخاصة[4].

---

[1] عبد الله بن ناصر السدحان، الاندثار القصري للأوقاف المظاهر- الأسباب- العلاج، بحوث المؤتمر الثالث للأوقاف، الجامعة الإسلامية، المملكة السعودية، 2009، ص.259.

[2] رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي – في إطار القانون الموضوعي- أطروحة الدكتوراه تخصص قانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014-2015، ص.318.

[3] محمد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج1، ص.42-45.

[4] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص.35.

– الأوقاف الخاصة تساهم في تفشي ظاهرة البطالة، حيث أن المستحقين في الوقف يضمنون استفادتهم من غلة الوقف دون الحاجة للعمل[1].

وبهذا نكون قد أجملنا أهم النقاط المتعلقة الموقوف عليه، سواء تعلق الأمر بكونه ركنا، أو بكونه المستحق المنتفع من غلة الوقف، وذلك من منظور اشتراطات الواقف التي ظهر من خلال هذا الجزء من لدراسة علاقتها المباشرة بركن الموقوف عليه، وتأثيرها القوي على تنظيم جميع شؤون الاستحقاق في الوقف، لننتقل في المبحث الموالي لدراسة ركن الصيغة، والموقوف (العين الموقوفة من منظور اشتراطات الواقف.

المبحث الثاني

تطبيقات اشتراطات الواقف على ركن صيغة الوقف، والموقوف

تأثير اشتراطات الواقف لا يطال أشخاص الوقف الممثلين في ركن الواقف والموقوف عليه فحسب، بل يتعدى ذلك إلى الأركان الأخرى المتعلقة بصيغة الوقف، والموقوف عليه، فجميع أركان الوقف تعكس مقاصد الواقف، وغاياته من الوقف كل ركن على حسب دوره، ووظيفته في نظام الوقف.

ومن خلال هذا المبحث سيتم التحري عن العلاقة بين اشتراطات الواقف، أو الشروط المقترنة في عقد الوقف، وركن الصيغة (المطلب الأول)، وكذلك بالنسبة للعلاقة بينها وبين الموقوف (المطلب الثاني) استنادا على أحكام الفقه الإسلامي – المذاهب الأربعة– وقانون الأوقاف الجزائري.

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص.35-36.

المطلب الأول

تطبيقات اشتراطات الواقف على ركن الصيغة

ركن الصيغة من أهم الأركان التي يقوم عليها الوقف، إن لم نقل أنه الركن الوحيد الذي يقوم عليه نظام الوقف عند بعض المذاهب[1]، وتعد صيغة الوقف الواجهة التي من خلالها تبرز اشتراطات الواقف، وتتجلى في مضمونها الشروط المقترنة بعقد الوقف.

ومن خلال هذا المطلب سيتم تناول الشروط العامة التي يجب توافرها في ركن الصيغة من منظور الفقه الإسلامي وقانون الأوقاف الجزائري 10/91 (الفرع الأول)، وعلاقة اشتراطات الواقف بركن الصيغة، وكذا البحث في تأثيرها على تكوين عبارات صيغة الوقف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الصيغة كركن في الوقف

الصيغة من الأركان المكونة لكافة العقود وسائرها، بما فيها عقد الوقف باعتباره من العقود التبرعية الصادرة بالإرادة المنفردة للواقف، والصيغة هي التي تعبر عن انعقاد الوقف وقيامه بالإيجاب الصادر من الواقف سواء باللفظ، أو الكتابة، أو حتى الإشارة[2].

وينعقد الوقف عن المذاهب بالصيغ التالية، فعند الحنفية، بأن يقول الواقف: صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ونحوه أو موقوفة لله تعالى، أو على وجه الخير والبر[3] أما عند المالكية فينعقد بكل

---

[1] عند الحنفية تعتبر الصيغة الركن الوحيد لقيام الوقف، وباقي الأركان تعتبر شروط صحة عندهم، مُحَمَّد بن أحمد بن صالح الصالح المرجع السابق، ص.77، أما المشرع الجزائري فقد أخذ برأي جمهور الفقهاء في اعتبار الأركان حيث نصت المادة 9 منه على :"أركان الوقف هي: الواقف، محل الوقف، صيغة الوقف، الموقوف عليه".

[2] BENMLHA Ghaouti, op.cit.,p. 230.

[3] مُحَمَّد أمين بن عابدين، المرجع السابق، ج6، ص.523.

الألفاظ الدالة على معنى الوقف: كحبست، وتصدقت[1]، وأما عند الشافعية، فإن الألفاظ الدالة على الوقف تكون على سبيل: وقفت، وسبلت، وحبست وتصدقت صدقة محرمة، أو موقوفة، أو لا تباع،ولا تورث[2]. وعند الحنابلة، فيصح الوقف عندهم بالقول والفعل الدال عليه مثل من يبني مسجدا ويأذن للناس الصلاة فيه، أو سقاية ويشرع بابها[3].

وعليه يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية انعقاد الوقف إلى صورتين، إما باللفظ، أو بالفعل فأما انعقاد صيغة الوقف باللفظ فقد تكون صريحة أو ضمنية، وألفاظ التي ينعقد بها الوقف صراحة هي: وقفت، حبست، وسبّلت، وأما الضمنية منها والتي هي على سبيل الكناية: تصدقت، وحرّمت، وأبدّت، وأما عن انعقاد صيغة الوقف بالفعل فمتى فعل الواقف ما يد على الوقف، وذلك من خلال القرائن الدالة عليه، كأن يبني مسجدا ويأذن للناس في الصلاة فيه...[4]

وأما قانون الأوقاف الجزائري 10/91 فقد نص على ركن الصيغة من خلال نص المادة 12 والتي جاء فيها:" تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة...مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه".

وانطلاقا من نص المادة2 من قانون الأوقاف التي تحيلنا لأحكام الفقه الإسلامي نجمل أهم الشروط الواجب توافرها في ركن الصيغة على النحو الآتي:

[1] عبد الوهاب البغدادي، المعونة، دط، المكتبة التجارية، السعودية، د.س.ن، ص. 1595.

[2] زكريا بن مُحَمَّد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان،1998 ص. 441.

[3] موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص.253.

[4] مُحَمَّد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص.77 وما يليها.

1-الجزم في صيغة الوقف:

يشترط فقهاء الحنفية في صيغة الوقف، أن تكون جازمة فلا ينعقد عدهم الوقف بالوعد، ولا يكون الوعد فيها ملزما، كان يقول الواقف: كأقف أرضي هذه على المساكين، وبقابل الجزم عند الحنفية الإلزام عند الشافعية[1].

ويتفرع عن هذا عند الحنفية والشافعية أن تكون صيغة الوقف خالية من خيار الشرط، ومعنى خيار الشرط في الوقف أن يشترط الواقف لنفسه حق إمضاء الوقف أو إبطاله خلال أيام معينة فإذا اقترنت صيغة الوقف بخيار الشرط كان الوقف باطلا عن جمهور الفقهاء – باستثناء الوقف على المسجد- فيصح الوقف ويبطل الشرط[2].

2-التنجيز في صيغة الوقف:

والمراد بالتنجيز هنا، أن تكون صيغة الوقف منجزة بحيث لا يكون فيها تعليق على شرط غير كائن، ولا إضافة للمستقبل[3]، بحيث أن تكون صيغة الوقف دالة على إنشاء الوقف، وترتب آثاره في الحال .

وقد اختلف الفقهاء في تعليق الوقف على شرط مضاف في المستقبل، حيث ذهب المالكية وقول عند الحنابلة إلى جواز تعليق الوقف على الشرط، أما جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية، والحنابلة فأقروا بعدم صحته، والراجح هو جواز تعليق الوقف على الشرط[4]، على أن لا تخرج الصيغة الوقف المعلقة عن الأحوال الآتية:

* أن يكون التعليق في صيغة الوقف على أمر محقق الوجود حين صدور الوقف؛

* أن يكون التعليق في صيغة الوقف على أمر محتمل الوجود، ولكنه معدوم وقت صدور الوقف[5].

---

[1] محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج1، ص.225.

[2] محمد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص.80.

[3] محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج1، ص.225.

[4] خالد بن علي بن محمد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص.492 وما يليها.

[5] محمد فراج حسين، محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.203-204.

3-التأبيد في صيغة الوقف:

شرط التأبيد في الوقف من المسائل الخلافية بين الفقهاء الشريعة الإسلامية، فالمالكية وبعض من الشافعية، والحنفية يجيزون الوقف المؤقت، أما جمهور فيبطلون شرط التأقيت[1]، فالحنفية على ما هو معمول عندهم لصحة الوقف أن يكون مؤبدا، بأن يكون آخره مشروطا صراحة أو دلالة لجهة بر لا تنقطع[2]، والشافعية يجعلون من التأبيد شرط من شروط الصيغة بحيث لا يجوز أن يكون الوقف مؤقت وإلا بطل الشرط وصح الوقف[3]، وأما الحنابلة فيقولون:" إن مقتضى الوقف التأبيد..."[4].

أما عن موقف قانون الأوقاف الجزائري 10/91 فيتضح جليا من خلال تعريفه للوقف في نص المادة الثالثة منه التي كرست حبس المال على وجه التأبيد، وكذلك المادة 28 والتي جاء فيها:" يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن"[5].

4-بيان المصرف في صيغة الوقف:

اختلف الفقهاء في اشتراط تعيين المصرف في صيغة الوقف، فقد ذهب الشافعية والحنفية إلى اشتراط بيان جهة الوقف وذكرها صراحة في صيغة الوقف، ليُعلم مصرفه وجهة الاستحقاق فيه، وأما المالكية والحنابلة فذهبوا إلى عدم اشتراط ذكر المصرف في صيغة الوقف، وتبريرهم لذلك أن عدم ذكر المصرف في صيغة الوقف ينصرف إلى المصرف الأصلي وهم: الفقراء والمساكين، فعدم ذكر المصرف لا يبطل الوقف عندهم، والراجح أن بيان جهة المصرف التي تؤول إليها منافع الوقف بهدف معلومية المستحقين في الوقف[6].

---

[1] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص.485-486.

[2] مُحَمَّد لامين بن عابدين، المرجع السابق، ج6، ص520.

[3] زكريا بن مُحَمَّد احمد الأنصاري، المرجع السابق، ج1، ص.442.

[4] موفق الدين عبد الله بن قدامى المقدسي، المرجع السابق، ج2، ص.253.

[5] وقد كرس القضاء الجزائري هو الآخر مسألة تأبيد الوقف حيث جاء في أحد مبادئ قراراته:" الوقف هو حبس المال على وجه التأبيد والتصدق..." المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار بتاريخ 2012/10/11، ملف رقم 714956،م.م.ع ع.1 لسنة 2013،ص.298.

[6] مُحَمَّد بن احمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص.82.

5- عدم اقتران صيغة الوقف بشرط يخل أصل الوقف أو ينافي مقتضاه[1]:

هذا الشرط بالخصوص تم التطرق إليه بالتفصيل عند الحديث عن دوائر اشتراطات الواقف حيث لا يجب أن تحوي الشروط المقترنة بعد الوقف ما يخل بأصل الوقف أو مصلحته، أو ما ينافي مقتضيات الوقف وإلا أدى إلا بطلان الوقف أو الشرط على حسب الأحوال ، حيث نصت المادة 29 من قانون الأوقاف على :" لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقف بطل الشرط وصح الوقف".

الفرع الثاني

تأثير اشتراطات الواقف على تكوين صيغة الوقف

إن لاشتراطات الواقف الوقع الكبير، والتأثير العميق على تكوين صيغة الوقف، وصياغة ألفاظها، وتحديد معانيها ودلالاتها، ورسم معالمها، فما صيغة الوقف إلى تعبير صريح من الواقف عن نواياه ومقاصده من وراء إنشائه للوقف.

ومن خلال هذا الفرع سنبحث في أهم القواعد التي تضبط عملية تفسير اشتراطات الواقف باعتبارها الجزء الأكبر من صيغة الوقف (أولا)، ثم التطرق إلى الحدود المقيدة الاشتراطات الواقف من حيث تفسيرها، واحترامها (ثانيا) استنادا على القاعدة الشهيرة والمشار إليها في الباب الأول من الدراسة على أن " شرط الواقف كنص الشارع".

أولا: تفسير اشتراطات الواقف

من المقرر عند المتخصصين في تفسير شروط الواقفين أنه يجب فهم كلامهم في ضوء العرف السائد خاصا كان هذا العرف عاما، وأن عبارتهم يجب أن تحمل على المعنى الذي ترشد القرينة أو العرف إلى أنهم أرادوه، فلا ينظر إلى كلمة أو عبارة يعنيها بل على مجمعة الكلام كوحدة كاملة ويعمل

[1] محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج1، ص.261.

بما يظهر أنه أراده، وإن أدى ذلك إلى إلغاء بعض الكلمات أو العبارات التي يتبين أنه لم يرد مدلولها كتعطيل عموم النص أو إطلاقه متى ظهر أنه غير مراد ولا عبرة في سبيل ذلك بأن يوافق لغة العرب أو لغة الشرع[1].

واستندا على هذا يمكن إجمال القواعد المتبعة في تفسير اشتراطات الواقف على الترتيب المدون أدناه:

- **مراعاة عُرف الواقف في زمانه لفهم اشتراطاته دون الرجوع إلى مدلول اللغة**، ومفاد ذلك أن يُحمل كلام الواقف على لغته وعرفه حتى ولو كان مخالفا لأحكام الشرع، كان يقصد بلفظ الناظر في عرف الواقف بالمتولي فيعتد بذلك؛
- **الأخذ بكلام الواقف بمعناه الحقيقي، فإن تعذر فبمعناه المجازي، وإلا فلا يأخذ بعين الاعتبار**، ومثال ذلك: أن يقول وقفت على أولادي ومن بعدهم الفقراء، ولم يحدد المقصود باللفظ الأولاد عن كان يشمل الأحفاد وإن نزلوا. فالأخذ بالمعنى الحقيقي هنا يشمل الأبناء الصلبيين، أما إذا قامت قرينة على غير ذلك فيأخذ بالمعنى المجازي، وبالتالي يشمل كافة الأولاد في سائر الطبقات، كما تم التفصيل سابقا في فئات الاستحقاق؛
- إذا تعارض شرطان للواقف واستحال التوفيق بينهما عُمل بالمتأخر فيهما، وأهمل المتقدم؛
- إذا اجتمعت جملة من الأوصاف التي اشترطها الواقف في الموقوف عليه، استحق على كل وصف نصيب؛
- **إذا وجدت متعاطفات بين المستحقين وكان الوصف يلحق الجميع، فإن الوصف هنا يلحق المعطوف سواء تقدم أو تأخر**، ومثال التقديم: كأن يقول الواقف وقفت على الفقراء جيراني وأقاربي، وفي هذه الحالة لا يستحق من جيرانه على الفقراء، أما الأقرباء فسواء كانوا فقراء أو غير فقراء فهم أصحاب استحقاق. ومثال التأخير: كأن يقول الواقف وقفت على أولادي وأولاد

[1] أحمد الجندي ، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، ص.2852-2853.

أولادي الذكور، وفي هذه الحالة يستحق أولاده ذكورا كانوا أو إناثا لأن لفظ الولد يحتمل الجنسين، أما أولاد الأولاد فإن الاستحقاق يقتصر على الذكور دون الإناث وعليه في حال تقديم الوصف يعود على ما قبله، وفي حال تأخيره يعود لما قبله؛

- **يطبق الشرط والاستثناء على المفردات المتعاطفة على الجميع لا على الأخير**، ومثال ذلك الشرط :كأن يقول الواقف وقفت أرضي على أولادي وجيراني، وأقاربي من طلبة العلم وبالتالي فإن طلب العلم قيد على الجميع، وأما مثال الاستثناء كأن يقول الواقف وقفت أرضي على أولادي، وجيراني وأقربائي إلا السارقين، وعليه من كان سارقا اِستثني من الاستحقاق في الوقف[1].

وبالتالي، لابد من الاستعانة على هذه القواعد لفهم معاني الواقفين، ودلالات اشتراطاتهم توجيهم مقاصدهم وغاياتهم وفقا لما أرادوا، وذلك احتراما لتلك الشروط وحماية لها من التحريف والتأويل على غير ما قصد الواقف، ومن أجل ذلك وجب معرفة حدود احترام مقاصد الواقفين وهو ما سيتم التطرق إليه في الجزء الموالي من الدراسة.

ثانيا: الحدود المقيدة لاشتراطات الواقف:

الواقف باعتباره المكلف المخاطب بأحكام الشريعة الإسلامية، فإن اشتراطاته والغايات من ورائها تحكمها نيته، ومقصده، فأما عن نيته فلابد أن تكون نية حسنة موجهة للتقرب من الله تعالى مخلصا في تلك النية التي تكون موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية، أما بخصوص المقصد فلا بد أن يكون مقصدا صحيحا يُراد به الامتثال إلى الله عز وجل، يضاف إلى ذلك تقدير المصالح وكذلك المفاسد المترتبة عن اشتراطات الواقفين، استنادا عل القاعدة الكلية والتي مفادها:" درء المفاسد مقدم على جلب المصالح"[2].

[1] مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، المرجع السابق، ص.156 وما يليها.

[2] ميمون بن عبد السلام باريش، المرجع السابق، ص. 421 وما يليها.

ومن منطلق أن حرية الواقف في الاشتراط ليست على إطلاقها، باعتبارها قد تصطدم مع المصالح العامة والخاصة في بعض الأحيان، استنادا على القاعدة الفقهية التي مفادها:" الضرر والضرار مبثوث منعه في الشريعة كلها في وقائع الجزئيات وقواعد الكليات" [1] في إطار ما يعرف في القانون بنظرية "التعسف في استعمال الحق"[2].

واستنادا على القاعدة الشهيرة " نص الواقف كنص الشارع"، فإنه وجب احترام شروط الواقفين من حيث وجوب العمل بها، وعدم جواز مخالفتها، إضافة إلى فهم المراد منها والغاية من تلك الشروط.

كما أن احترام الواقف يعد إشراكا مباشرا وغير مباشر للواقف في إدارة الوقف، فاشتراطات الواقف المشروعة والصحيحة تعد تشريعا وضعيا شرعه الواقف لتحقيق أهدافه وغايته في التقرب من الله عز وجل ونيل رضوانه.

وبهذا نكون قد تقصينا على العلاقة الكامنة بين صيغة الوقف، واشتراطات الواقف والتي كانت دلالاتها واضحة وجلية على تكوين صيغة الوقف، وبناء معالمها باعتبارها الجانب الشكلي التي تتضح من خلاله شروط الواقف المقترنة بعقد الوقف، لننتقل في المطلب الوالي للبحث في العلاقة القائمة بينها وبين الموقوف (العين الموقوفة).

[1] المرجع نفسه، ص.438.

[2] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط1 لسنة 1968، دار مؤسسة الرسالة، لبنان، ص.87 وما يليها.

المطلب الثاني

تطبيقات اشتراطات الواقف على ركن الموقوف

الموقوف أو محل الوقف كما اصطلح عليه قانون الأوقاف 10/91 هو العين التي حبسها مالكها الواقف، ويستوي في ذلك كل ما يدخل في حكم المال سواء أكان عقارا، أو منقولا أو منفعة، ويندرج ضمن حكم الوقف ما دخل فيه أصلا أو ما كان فيه تبعا، وما كان متصلا بالوقف اتصالا مباشرا أو غير مباشر[1].

ومن خلال هذا المطلب من الدراسة سيتم التعرف إلى الموقوف كركن من الأركان المكونة لعقد الوقف(الفرع الثاني)، ومن ثم التقصي حول علاقته باشتراطات الواقف نظرا لكون أن اشتراطات الواقف تطبق على العين الموقوفة(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموقوف كركن في الوقف

لقد نص قانون الأوقاف الجزائري 10/91 على ركن الموقوف من خلال المادة 11 منه حيث جاء فيها:" يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة، ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددا ومشروعا"، إضافة إلى المادة 216 من قانون الأسرة والتي جاء فيها:" يجب أن يكون المال المحبس ملكا للواقف، معينا، خاليا من كل نزاع، ولو كان مشاع".

كما لم يحدد مقدار المال الموقوف لا في الشريعة الإسلامية، ولا في القانون الجزائري، فبوجه عام فالواقف حر في وقف ما شاء من ماله، مادام في حال حياته، غير محجور عليه لسفه، أو دين دون

[1] سليم هاني منصور، الوقف ودوره في المجتمع الإسلامي المعاصر، ط1، منشورات مروان دعبول، لبنان، 2004، ص.29.

أي سقف للتحديد، ومع ذلك حفاظا على الحقوق فقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية ضابطين يحكمان المقدار المال الموقوف، وهما:

- جواز وقف كل مال الواقف لانعدام الوارث مطلقا؛

- جواز وقف ثلث مال الواقف لوجود الوارث[1].

وعلى وجه العموم فقد اتفقت المذاهب الأربعة، رغم الاختلاف في بعض الأحكام التفصيلة على أنه يجب أن يكون الموقوف مالا متقوما، مباح شرعا.

واستنادا على ما سبق يمكن إجمال أهم شروط الموقوف عليه في الآتي:

أولا: أن يكون الموقوف مالا متقوما

ويقصد بالمال المتقوم هو ما كان بحيازة الإنسان وجاز الانتفاع به شرعا، وفي حال الاختيار والسعة، وعليه فهو يحوي معنيين، المعنى الأول أن يكون له قيمة يضمنها متلفه عند الاعتداء عليه وذلك بسبب الحماية المترتبة على ذلك، والمعنى الثاني أنه تصح فيه التصرفات من البيع والهبة وغيرها[2].

ومفاد ذلك، أنه كل ما جاز الانتفاع به، والتصرف فيه جاز أن يكون وقفا.

[1] زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.248.

[2] محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج1، ص. 353.

ثانيا: أن يكون الموقوف معلوما

يشرط الفقهاء في محل الوقف أن يكون معلوما وقت انعقاد الوقف، أي أن يكون العلم به نافيا للجهالة مانعا للنزاع، كأن يقول الواقف حبست شيئا من أموالي دون تحديده من بين الأشياء التي يمتلكها الواقف[1] فيعتبر الوقف باطلا.

ويجب أن تكون العين الموقوفة معروفة بحدودها، واضحة بمعالمها، ولا يُكتفى بشهرتها إلا عند الحنفية[2]، لأنه قد جرى العمل في كل العقود الناقلة للملكية على ذكر الحدود، لان هذه العقود تستمر أحكامها آمادا طويلة[3]، ولعل هذا التفصيل أكثر ما يتعلق بالوقف على عقار،وعلى وجع العموم فإنه يشترط المعلومية في الموقوف مهما كانت طبيعته.

ثالثا: أن يكون الموقوف مملوكا للواقف

لقد اتفق الفقهاء على أن الوقف لا يكون إلا في عين مملوكة لصاحبها ملكا باتا، ذلك أن الوقف تصرف يلحق رقبة العين الموقوفة، فلا بد أن يكون الواقف مالكا لها، أو على الأقل يملك التصرف في الرقبة بالوقف، فإذا كان لا يملك العين، أو التصرف فيها بالوقف، فإنه لا ينعقد الوقف بغير ذلك[4]، فيجب أن يكون ملكا باتا لازما لتعلقه بصحة الوقف، ونفاذه شروطه وسريان آثاره.

ويتفرع عن هذا الشرط المسائل التالية:

- إخراج وقف الفضولي كونه يتصرف في ملك غيره بلا وكالة أو نيابة[5].

---

[1] سالم رضوان الموسوي، المرجع السابق، ص.100-101.

[2] مُحَمَّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص.127.

[3] مُحَمَّد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص. 72.

[4] مُحَمَّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص.127.

[5] مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.92 وما يليها.

– وقف الموهوب له لا يصح قبل أن يقبض العين المراد وقفها، لان الشيء الموهوب لا يدخل في حكم الموهوب عليه إلا بعد القبض[1] والحيازة[2]؛

– أن الموصى له بعين من الأعيان لا يملك وقفها قبل موت الموصي، لأن الوصية لا تفيد الملك للموصى له إلا بعد موت الموصي؛

– أن المشتري إذا وقف عقارا ثم تبين أنه لم يكن ملكا للبائع، إنما هو لشخص آخر ادعاه، وأثبت دعواه ببينة، وقضي باستحقاقه لمالكه، فإن الوقف يكون غير صحيح، لان الواقف وقف مالا لا يملكه؛

– إذا وقف الواقف أرضا اشتراها ثم أُخذت بعد ذلك بالشفعة، فلا يصح وقفها، لأنه تبين أن العين ليست مملوكة للواقف ساعة الوقف[3].

رابعا: أن يكون الموقوف مشروعا

وهذا الشرط متفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية، لأن المحرم لا قيمة له في الشرع، ولا قبول للصدقة المحرمة[4] عند الله عز وجل مصداقا لقوله تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنفِقُوا مِن طَيِّبَاتِ

[1] مُحَمَّد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص.72-73.

[2] لقد اختلف الفقهاء في اعتبار القبض والحيازة كشرط من شروط الموقوف، حيث ذهب أبو يوسف من الحنفية، وقول عند الشافعية، والحنابلة، إلى اعتبار أن الحيازة والقبض ليست شرطا، أما المالكية، وقول عند الإمام أحمد فقد اعتبر الحيازة والقبض شرط لصحة الوقف، أما مُحَمَّد بن الحسن، وقول عند المالكية اعتبرها شرطا للزوم الوقف، ويبقى الرأي الراجح هو قول الحنفية، خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ص.984 وما يليها.

[3] مُحَمَّد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص.73.

[4] ويفرق الفقهاء بين المحرم بعينه، والمحرم لكسبه، فأما المحرم بعينه فهو ما حرم الشارع الانتفاع به لخاصية في ذاته من الضرر أو الخبث، أو القذارة، كالخمر، والخنزير...، أما عن المحرم لكسبه فهو المأخوذ بغير رضا مالكه، ولا إذن الشارع، كالمسروق والمغصوب، والمنتهب، خالد بن علي المشيقح، نوازل الأوقاف، دط، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2012، ص.193 وما يليها.

مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ الْأَرْضِ ۖ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ وَلَسْتُم بِآخِذِيهِ إِلَّا أَن تُغْمِضُوا فِيهِ ۚ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ حَمِيدٌ﴾[1].

ومشروعية المحل في العقد متفق عليها في القانون، حيث نصت المادة 93 من القانون المدني:" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

كما شدد قانون الأوقاف على مشروعية مل الوقف حيث نصت المادة 11 في فقرتها الثانية:" ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددا ومشروعا".

وبهذا نكون قد أجملنا أهم الأحكام المتعلقة بشرط الموقوف من حيث صحته، لننتقل بعد ذلك إلى طبيعة الموقوف بالنظر إلى اشتراطات الواقف.

الفرع الثاني

أثر اشتراطات الواقف طبيعة المال الموقوف

لقد أتاحت المادة 11 من قانون الأوقاف 10/91 للواقف أن يكون محل الوقف عقارا أو منقولا، أو حتى منفعة، وذلك استنادا على رأي الفقه الإسلامي في ذلك، فعند الحنفية يصح أن يكون الموقوف عقارا، ولا يجوز وقف المنقول لكون لا يُؤبد ويشرف على الهلاك إلا ما كان تابعا لعقار[2]، أما المالكية فيصح وقف العقار المملوك لا المستأجر من الأراضي، ويصح وقف العقار المملوك له لا منفعته، كما يجوز وقف العقار المشاع، وكذا المنفعة كغلة الكراء، إضافة إلى وقف

[1] الآية 267 من سورة البقرة.

[2] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج8،ط2، دار الكتب العلمية، بيروت 2003، ص.398.

الدراهم للتسلف[1]، أما الشافعية فيشترطون الدوام في الموقوف مهما كانت طبيعته بحيث تنتقل الملكية إل الله تعالى[2]، وعند الحنابلة فإنهم يشترطون في الموقوف أن يكون عينا يصح بيعها وينتفع بها نفعا مباحا مع إبقاء عينها كالعقار وغيره[3].

وانطلاقا مما تم عرضه، نفصل في بعض مسائل المتعلقة بالموقوف بالنظر إلى اشتراطات الواقف على النحو الآتي:

أولا: وقف المنقول[4]

لقد شدد فقهاء الشريعة الإسلامية على ضرورة تأبيد الوقف إلا المالكية، ولذلك نجد أن الحنفية اشترطوا أن تكون العين الموقوفة صالحة للبقاء ليمكن تنفيذ حكم التأبيد عليها، ولذلك نجد أن أغلب الفقهاء وضعوا في الشروط الخاصة بالموقوف أن يكون عقارا، أما وقف المنقول فقد ففيه قولان، وهما:

1-وقف المنقول مستقلا:

اختلف الفقهاء في وقف المنقول مستقلا لوحده، وذهبوا في ذلك قولين، القول الأول والذي يجيز وقف المنقول على إطلاقه وبه قال المالكية، والشافعية، والحنابلة، والقول الثاني وهو للحنفية والذين لم يجيزوا وقف المنقول مطلقا، ويبقى القول الراجح هو جواز وقف المنقول مطلقا[5].

---

[1] خليل بن إسحاق المالكي، توضيح شرح مختصر ابن الحاجب، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2011، ص.287-289.

[2] أبو زكريا بن مُحَّد الأنصاري، تحرير تنقيح اللباب، ط1، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2003، ص.108.

[3] إبراهيم مُحَّد سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، ج2، ط1 لسنة 1387 هـ، المطبعة الهاشمية، سوريا، ص.5-6.

[4] عرفت المادة 682 المنقول بمفهوم المخالفة استنادا إلى تعريفها للعقار، حيث جاء فيها:" كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول...".

[5] خالد بن علي المشيقح، نوازل الأوقاف، المرجع السابق، ص.155 وما يليها.

2-وقف المنقول تبعا[1]:

المنقول تبعا مثل آلات الحرث،والحصاد، والمسخرة لخدمة العقار، وجميع ما كان منقولا متقوما يمكن الانتفاع به، واعتبار أن جمهور الفقهاء أجازوا وقف المنقول مستقلا على إطلاقه، فإنه أجازوا ما كان تبعا استنادا على القياس من باب أولى، أما الحنفية فانقسموا إلى رأيين فيما يخص وقف المنقول تبعا، فذهب أبي حنيفة إلى عدم جواز وقف المنقول مطلقا بما فيه ما كان تبعا بحجة أن المنقول لا يتأبد ، أما الصاحبان أبو يوسف ومُحَمَّد بن الحسن فأجازا وقف المنقول تبعا[2]، وذلك وفقا للأوضاع الآتية:

- أن يكون المنقول تابعا للعقار وفقا لهاتين الصورتين، إما أن يكون متصلا بالعقار اتصالا قاراً وثابتا كالأشجار، أو أن يكون مخصصا لخدمة العقار، كالآلات الزراعية والمعدات والأدوات؛

- أن يكون المنقول قد ورد أثر بجواز وقفه، كالسلاح والخيل المخصصة للحروب؛

- أن يكون المنقول مما جرى بع العرف، كوقف المصاحف، والكتب، والأفرشة للمساجد[3].

وأما عن موقف المشرع الجزائري، فاستنادا على آراء المذاهب الأربعة، والمادة 11 من قانون الأوقاف 10/91، والمادة 682 من القانون المدني، يتضح أن القانون الجزائري وبالتحديد قانون الأوقاف أخذ برأي جمهور الفقهاء، والذي يجيز وقف المنقول سواء مستقلا أو تبعا.

[1] ويُطلق عليه في أحكام لقانون المدني بالعقار بالتخصيص وهو ما يُرصد لخدمة العقار، حيث نصت المادة 682 على ذلك في فقرتها الثانية بقولها:"...غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".

[2] خالد بن علي المشيقح، نوازل الأوقاف، المرجع السابق، ص.174

[3] مُحَمَّد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص.74.

ثانيا: وقف المرهون

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في وقف العين المرهونة، حيث ذهب جمهور أهل العلم من المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلى عدم صحة وقف المرهون، لأن في وقف الراهن للمرهون إبطال لحق المرتهن، والوقف قربة، ولا يتقرب بالمحرمات وإسقاط الحقوق، أما الحنفية فقد أجازوا وقف العين المرهونة شريطة أن يفكها ولو بعد مدة إذا كان الراهن موسرا قادرا على سداد ديونه، وإلا فلا يصح وقفه[1].

أما قانون الأوقاف الجزائري فلم يكن صريحا كفاية في مسألة وقف المرهون رغم أن المواد توحي بعدم جواز وقف المرهون، حيث شدد المشرع الجزائري على مسألة أن لا يكون الواقف محجور عليه لسفه طبقا لنص المادة 10 في فقرتها الثانية، كما أجاز للدائنين إبطال وقف المريض مرض الموت إذا كان مستغرقا لجميع ماله طبقا لنص المادة 32، كما أكدت المادة 10 على ضرورة أن يكون الموقوف مملوكا للواقف مطلقا، وأضافت المادة 216 من قانون الأسرة أن يكون الموقوف خاليا من كل نزاع.

ثالثا: وقف المشاع[2]

رغم أن قانون الأوقاف الجزائري أجاز الوقف المشاع من خلال نص المادة 11 من قانون الأوقاف، وكذلك المادة 216 من قانون الأسرة، إلا أنه جعل جوازه مرهونا بالتقسيم[3].

[1] مُحَمَّد خالد بن علي المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص.401.

[2] المال الشائع أو الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد، وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم، أما حق شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة، فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حِصصيًا دون أن ينقسم المال ذاته" عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج8، ص.796.

[3] جاء في مبدأ قرار للمحكمة العليا أنه:" يحق للمالك في الشيوع تحبيس أصله"، الغرفة العقارية، 13/ 5/ 2010، ملف رقم 600620، م.م.ع، 2010، ع2 ،ص. 228.

وقد اتفقت المذاهب الأربعة على جواز الوقف المشاع بوجه عام لكن اختلفوا من حيث قابليته للقسمة من عدمه[1].

فقد انقسموا إلى ثلاثة أقوال ، فقد ذهب أبو يوسف من الحنفية إلى جواز وقف المشاع إذا سمي في صيغة الوقف مهما كانت طبيعته سواء أكان قابلا للقسمة أو غير قابل[2]، وبه أخذ بعض المالكية، والشافعية، والحنابلة، أما المالكية فقد جعلوا جواز الوقف المشاع موقوفا عل قابليته للقسمة لأن الشيوع بين وقفين، أو بين وقف وملك معين مما لا يقبل القسمة يُعطل كثيرا من مالح الوقف[3]،أما إن كان مما لا يقبل القسمة فيتعين على الواقف بيع حصته في الشيوع، ويكون ثمن البيع وقف[4]،وأما القول الثالث والذي ذهب به مُحَمَّد بن الحسن من الحنفية وهو وقف المشاع جائز إذا كان غير قابل للقسمة، وإن كان عكس ذلك فلا يصح، أما إذا كان الشيوع طارئاً وقت الوقف أو القبض فلا يصح[5].

[1] وفي قابلية الوقف المشاع للقسمة مسألتين، وهما:

– أن تكون الحصة المشاعة المراد وقفها موجهة لأن تكون مسجدا أو مقبرة، فإن الوقف هنا لا يصح إلا إذا أُفرزت الحصة الموقوفة وحدها، فالشيوع هنا مانع من جعلها مسجدا أو مقبرة، لأنه لو حدثت قسمة مهايأة للمال الشائع لكان مسجدا عاما، وفي العام الآخر مقبرة...فالشيوع هنا يغير من إرادة الواقف ويمنع خلوصها إلى الله عز وجل، مُحَمَّد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.360.

– أن تكون الحصة المشاعة قابلة للقسمة وغير موجهة لمسجد أو مقبرة فهنا يصح الوقف حتى ولو لم يتم الفرز كله أو جزءً منه رغم أن جانبا من الفقه الحنفي اشترط التسليم والفرز ليتم الوقف، زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق ص.95.

[2] أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني، أحكام الأوقاف، ط1، مطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية، مصر، 1322، ص.21.

[3] مُحَمَّد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.361.

[4] وهبه الزحيلي، الأموال التي يصح وقفها وكيفية صرفها، ط1، دار المكتبي، سوريا، 1997، ص.15-16.

[5] مُحَمَّد خالد بن علي المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص.417 وما يليها.

رابعا: وقف المنافع

المنفعة هي كل ما يقم بالأعيان من أغراض، وما ينتج عنها من غلة، كأجر سكنى الدار وثمار البستان...، وفي الوقف المعاصر يمكن الحديث حتى عن حقوق المؤلف وغيرها من الحقوق المعنوية والأدبية ذات الطابع المالي.

وبالعودة إلى وقف المنافع على وجه العموم، فقد اختلف الفقهاء فيها على قولين، القول الأول والذي أخذ به المالكية على جواز وقف المنافع مستقلة عن الذات سواء أكانت منافع مؤقتة كبدل الإيجار، أو مؤبدة بسكنى الدار، أما القول الثاني والذي لا يجيز وقف المنافع مستقلة عن أصلها وبه أخذ جمهور الفقهاء الحنفية، والشافعية، والحنابلة، ليبقى الرأي الراجح هو وقف المنافع على إطلاقها سواء كانت منفصلة عن أصلها أو متصلة به[1].

والقانون الجزائري من خلال قانون الأوقاف 10/91 أخذ بالرأي الراجح والذي أقره المالكية دون جمهور الفقهاء من خلال نص المادة 11 التي أجازت أن يكون محل الوقف منفعة دون تقييد فيما إذا كانت متصلة أو منفصلة، مؤقتة، أو مؤبدة.

ومن خلال ما تم التعرض له من خلال هذا الفصل من الدراسة يتضح جليا أن الشروط المقترن بعقد الوقف أو بالأحرى اشتراطات الواقف لها الأثر كثيرة وواسعة على أركان الوقف الأربعة بداية من الواقف الذي لابد أن تكون له صلاحية الاشتراط، مرورا بالموقوف عليهم باعتبارهم المستحقون في غلة الوقف وفقا لاشتراطات الواقف، إضافة إلى صيغة الوقف التي تتجلى من خلالها اشتراطات الواقف في عقد الوقف إلى غاية محل الوقف، أو الموقف الذي تطبق عليه اشتراطات الواقف، لننتقل من خلال الفصل الموالي إلى أثر اشتراطات الواقف على النظارة على الوقف.

[1] خالد بن علي المشيقح، نوازل الأوقاف، المرجع السابق، ص.105 وما يليها.

الفصل الثاني

آثار اشتراطات الواقف في النظارة على الوقف

رغم أن الوقف من عقود التبرعات شأنه شأن الوصية والهبة، إلا أنه اختص بجملة من الخصائص جعلته فريدا منه نوعه، قائما بذاته من حيث أركانه المكونة له والأحكام التي تسري عليه باعتباره صدقة مؤبدة بنية التقرب من الله عز وجل .

واقتضت خاصية الديمومة أن تكون هناك ولاية تصونه من الاندثار والضياع، لتديره بصورة تحافظ على خصوصيته وهذه الولاية يصطلح عليها الفقهاء بـ:" النظارة على الوقف"، ونظرا لأهمية الوقف على كافة المستويات والأصعدة، فكان لزاما أن تكون هناك نظارة واعية، ورشيدة تحفظ أصول الوقف، وحقوق المستحقين فيه، وهذا يبرر حرص الواقفين من خلال عقودهم الوقفية وبالتحديد اشتراطاتهم على تعيين ناظر وقف يكون حريصا على شؤون الوقف، أمينا على حقوق المنتفعين.

ومن خلال هذا الفصل من الدراسة سنبحث في تأثير اشتراطات الواقف على أحكام النظارة على الوقف، إضافة إلى استعراض دور الواقف في تنفيذ اشتراطات الواقف (المبحث الأول)، كما سيتم التطرق حدود التصرفات الواردة على الأعيان الوقفية في مواجهة اشتراطات الواقف (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مظاهر تأثير اشتراطات الواقف على أحكام النظارة على الوقف

النظارة هي النظام المخول بإدارة الوقف وتسييره، وتثمير أصوله وأعيانه، وحفظ حقوقه وتنفيذ التزاماته، وكذا حمايته، والمخاصمة فيه، وعلى أساسها يُحفظ الوقف، ويُضمن نصيب المستحقين فيه.

ومن خلال هذا المبحث سيتم التطرق إلى الأحكام العامة للنظارة على الوقف (المطلب الأول)، ثم التعرض إلى الأحكام المتعلقة بناظر الوقف باعتباره المسؤول على المطبق اشتراطات الواقف (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الأحكام العامة للنظارة على الوقف

لقد اهتم الفقه الإسلامي، والقانون الجزائري بموضوع النظارة على الوقف باعتباره الوسيلة المناط بها إدارة أمور الوقف، وحفظ مصالحه ورعايتها لضمان استمراريته، وديمومته للمنتفعين به.

ومن خلال هذا المطلب سيتم تحديد مفهوم النظارة على الوقف، (الفرع الأول)، وتعرض لأركانها، وأقسامها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم النظارة على الوقف

لتقصي العلاقة بين النظارة على الوقف، واشتراطات الواقف لابد من تحري المقصود من النظارة على الوقف، وطبيعتها، وكذا ما تختص به عن سائر الولايات الأخرى.

نستعرض ذلك على النحو الآتي:

أولا: تعريف النظارة على الوقف

نتناول تعريف النظارة على الوقف من الناحية اللغوية، والاصطلاحية وفقا للترتيب الآتي:

1-تعريف النظارة لغة:

النظارة لغة من: الفراسة، والحذق، ويقال: لم تخطئ نظارتي أي فراستي، وهي أيضا من الحفظ والرعاية، والنظارة مأخوذة من النظر وهو البصر، والفكر والتدبر، فيقال: نظر في الأمر،تدبر وتفكر،وأصل النظر الطلب لإدراك الشيء، ويقال: نظر في الشيء تأمله وقلب بصره أو بصيرته فيه ليدركه، ويراه فهو ناظر وهو الحافظ، وناظور الزرع والنخل حافظه، وأصله في لغة العرب ناطر وناطور بحرف الطاء [1].

2-تعريف النظارة على الوقف اصطلاحا:

تعرف النظارة، أو كما يصطلح عليها عند الفقهاء بـ:" الولاية"[2] على أنها:" سلطان يثبت لصاحبه بمقتضاه حق في وضع اليد على أعيان الوقف، والقيام على حفظها تحصينها وإصلاحها وعمارتها، والحق في إدارته واستغلال أعيانه، وتوزيع غلاته على مستحقيها، والحق في التعاقد نيابة عنه، وتمثيله فيما يُدعى له، وعليه، إلى غير ذلك من الحقوق والواجبات التي ترسم حدودها الشريعة الإسلامية"[3].

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ص.4465، ومجد الدين مُحَمَّد بن يعقوب الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص.484.

[2] لقد تعددت التكييفات الفقهية لنظام النظارة على الوقف، فهناك من الفقهاء من اعتبرها عقد وكالة، وذلك في حالة ما اشترط الواقف النظارة لنفسه، ثم عين شخصا آخر على الوقف، فإن ناظر الوقف يكون في هذه الحالة وكيلا عن الواقف كما اعتبرها الفقهاء من قبيل عقود الإيصاء وذلك في حالة ما إذا شرط الواقف لأحد النظارة على الوقف بعد وفاته، أو في حياته وبعد وفاته لان الواقف أقام غيره مقامه بعد وفاته في تصرف من التصرفات، والراجح أنها من الولايات الخاصة التي تُثبت على الموقوف، سواء للواقف، أو القاضي، أو الموقوف على حسب الأحوال، خالد عبد الله شعيب، النظارة على الوقف (رسالة دكتوراه)، ط1 لسنة 2006، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ص.63 وما يليها.

[3] خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.58.

كما تعرف أيضا على أنها:" سلطة شرعية تُجعل لمن تُثبت له القدرة على وضع يده على الوقف، وإدارة شؤونه من استغلال، وعمارة، وحفظ، وصرف الريع للمستحقين، وقيل أنها: سلطة محدودة برعاية الوقف، وإصلاحه، واستغلاله، وحفظه، وإنفاق غلاته في وجوهها"[1].

وقد عرفت المادة 7 من المرسوم التنفيذي 381/98 المذكور سابقا النظارة على الوقف بقولها:" يقصد بنظارة الوقف في صلب هذا لنص ما يأتي:

- التسيير المباشر للملك الوقفي؛

- رعايته؛

- عمارته؛

-استغلاله؛

- حفظه؛

- حمايته".

وتتجلى من خلال التعريفات المختلفة للنظارة على الوقف في أثرها الإيجابي على الوقف وأهميتها في حفظ الوقف من الضياع والاندثار والتلف والتعطل، فقد أكد فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الأصل في النظارة هي حفظ أعيان الوقف، والقيام بشؤونه، وتنفيذ شرط الواقف فيه كما أن جعل النظارة على الوقف لمن شرطه الواقف، لكونه أحرص الناس في المحافظة عليه، فلا يولي إلا من يثق به[2].

[1] عبد الرحمان بن عبد العزيز الجريوي، النظارة على الأوقاف أقسامها وشروطها، بحث مقدم دون ذكر بيانات ، ص.11.
[2] المرجع نفسه، ص.15-16.

ثانيا: خصائص النظارة على الوقف

تختص النظارة على الوقف بجملة من الخصائص نجملها في الآتي:

– النظارة من العقود غير اللازمة، حيث يجوز لمفوض النظارة والناظر فسخ النظارة في أي وقت شاء؛

– النظارة من عقود الأمانات، فيد الناظر على الوقف يد أمانة، ومن ثم فإنه لا يضمن ما تحت يده من أموال الوقف إلا عند التقصير أو التفريط؛

– يمكن أن تكون النظارة على الوقف من عقود التبرع، وذلك في حال تولي ناظر الوقف أمور الوقف مجانا دون أجرة النظر، وإذا كان بأجرة اعتبر من عقود المعاوضة؛

– النظارة على الوقف من العقود المستمرة، ذلك أنه يستغرق تنفيذها مدة ممتدة من الزمن بحيث يكون عنصرا أساسيا في تنفيذها؛

– النظارة من العقود الرضائية التي يشترط لتكوينها تطابق الرضا بين الطرفين[1].

الفرع الثاني

أركان النظارة على الوقف، وأقسامها

نستعرض من خلال هذا الفرع الأركان المطلوبة في النظارة على الوقف، إضافة إلى أقسام النظارة على الوقف، وذلك وفقا لما يلي:

أولا: أركان النظارة على الوقف

تقوم النظارة على الأركان التالية:

[1] خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.159.

1-مفوّض النظارة:

مفوض النظارة هو من يكون له الحق في تنصيب ناظر الوقف، وصلاحية تنصيب ناظر إما أن تكون للواقف عند إنشاءه للوقف بأن يعين الناظر في عقد الوقف، وإما عند اشتراط الواقف النظارة لنفسه، وإما أن تكون لوصي الواقف، وإما أن تكون للقاضي، أو الموقوف عليه[1].

2-الناظر:

ويعتبر الناظر الركن الثاني من أركان النظارة على الوقف، والناظر هو المتولي للوقف، والقيم عليه، ومن خلال المطلب الموالي سيتم التفصيل في الأحكام العامة لناظر الوقف.

3-الصيغة:

وتكون الصيغة في النظارة على الوقف في حال ما كانت النظارة على شاكلة عقد الوكالة الإيصاء، وتتحقق الصيغة من خلال تطابق الإيجاب والقبول بين مُفوض النظارة إذا لم يكن الواقف وبين الناظر بألفاظ الدالة على النظارة على الوقف، مثل: جعلت فلانا ناظرا، أو جعلت الولاية لفلان، وتخضع الصيغة للأحكام العامة المتعلقة بتطابق الإيجاب والقبول [2].

4-المنظور عليه:

المنظور عليه في النظارة على الوقف يتمثل في العين الموقوفة، أو الموقوف، أو الملك الوقفي كما اِصطلح عليه في المرسوم التنفيذي 381/98، ويشترط في المنظور عليه ما يشترط في الموقوف كشرط من شروط الوقف، فمتى توافرت شروطه صحت النظارة عليه.

[1] المرجع نفسه، ص.67.

[2] المرجع نفسه، ص.136 وما يليها.

ثانيا: أقسام النظارة على الوقف

تتنوع أقسام النظارة على الوقف لاعتبارات الوقف المختلفة[1]، وسيتم الاكتفاء في هذا الجزء من الدراسة بالتقسيم المعتمد لدى فقهاء الشريعة الإسلامية على النحو الآتي:

1-النظارة الأصلية:

النظارة الأصلية وهي التي تُثبت للشخص ابتداء من غير أن يستفيدها من آخر[2]، وتعتبر النظارة الأساسية عل الوقف، والناظر الأصلي هو الناظر الأساسي على الوقف، وهو من ثبت له النظارة الأصلية من مفوض النظارة إن لم يكن الواقف نفسه هو الناظر، وتُثبت النظارة الأصلية بدون حاجة إلى شرط أو تفويض، أو توكيل، أو إيصاء، أو إقرار ممن يملك ذلك[3].

وتُثبت النظارة الأصلية، إما للواقف، أو الموقف عليه، أو القاضي حيث أن أساس إسناد النظارة الأصلية يختلف من مذهب إلى آخر.

فأما بالنسبة للواقف، فإن النظارة الأصلية أو الولاية الأصلية ثابتة له باعتبار ملكيته الثابتة على العين الموقوفة[4]، وذلك عند من يرى أن ملكية الواقف للعين الموقوفة قائمة بعد الوقف[5]، أما من يرى

[1] تتعدد تقسيمات النظارة على الوقف إلى عدة صور بما فيها النظارة الأصلية، والنظارة الفرعية، يضاف إليها: نظارة عامة ونظارة خاصة، وفي النظارة الخاصة نجد النسبية والمطلقة، والنظارة المطلقة والمقيدة، النظارة الاعتبارية، والنظارة الطبيعة، والنظارة الفردية والجماعية، والنظارة الإشرافية وغير الإشرافية، للمزيد في هذا الخصوص راجع، خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق ص.67.

[2] المرجع نفسه، ص.67.

[3] عبد الرحمان عبد العزيز الجريوي، المرجع السابق، ص.18.

[4] مُحَمَّد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج2، ص.127-128.

[5] ومن قال بذلك هم: الحنفية، والمالكية، وبعض الشافعية، والحنابلة، خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج3 ص.363.

أن ملكيته العين الموقوفة تنتقل إلى ملك الله تعالى فيُسند النظارة للواقف على أساس ملكيته السابقة للعين الموقوفة[1].

وأما بالنسبة لثبوت النظارة للموقوف عليهم ، فقد أجمع الفقهاء على أن الموقوف عليه لا تكون له النظارة على الوقف، ما دام الواقف حيا، واشترط النظارة لنفسه، عند من يجيز ذلك، أو يشترطها لغيره، أو أوصى بها، كما اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الموقوف عليهم غير معينين وغير محصورين كالفقراء والمساكين، أو كانوا معينين ولكن لا يملكون أمرهم كالوقف على المسجد، أو كانوا غير آدميين كالحيوان لا تكون النظارة للموقوف عليه سواء في حياة الواقف أو بعد مماته[2].

أما إذا كانوا معينين ومحصورين وكان الواقف قد مات، وأغفل إسناد النظارة على الوقف إلى أحد آخر بعد اشتراطها لنفسه حال حياته، أو لم يوصي بها بعد وفاته[3]. وقد انقسم الفقهاء إلى رأيين، فذهب بعض الحنفية، والمالكية، وبعض الشافعية، والحنابلة إلى إسناد النظارة على الوقف إلى الموقوف عليهم، أما من قال بعدم نظارة الموقوف عليهم على الوقف بل يُعهد بها على القاضي فهم: مذهب الشافعية، وبعض الحنابلة، ومفتى به عند الحنفية[4].

وإما أن تُثبت النظارة للقاضي، حيث أجمع الفقهاء على أنه إذا مات الواقف ولم يُعين ناظرا ولا وصيا على الوقف، وكان الموقوف عليهم غير ومعينين، ولا محصورين، أو غير آدميين فللقاضي الحق في النظارة على الوقف بالاتفاق، ويستند حق القاضي في النظارة على الوقف إلى كونه صاحب حق في الولاية العامة باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية[5].

[1] وبه قال كل من الشافعية، وأكثر الحنابلة، المرجع نفسه، ج3، ص.363-364.
[2] مُحَمَّد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج2، ص.140.
[3] المرجع نفسه، ج2، ص.140.
[4] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج3، ص.376-377.
[5] مُحَمَّد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج2، ص.145.

2-النظارة الفرعية:

يُطلق عليها أيضا النظارة المستفادة، وهي التي تُثبت لشخص بواسطة شخص آخر[1] وتُثبت النظارة الفرعية بموجب شرط، أو تفويض، أو توكيل، أو إيصاء، أو إقرار، أو من يملك ذلك.

فثبوت النظارة على الوقف بالشرط تكون لكل من لهم الحق في النظارة الأصلية، ومفاد ذلك أنه يمكن للواقف أن يشترط النظارة لغيره وبذلك أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية، أما بالنسبة لاشتراط الموقوف عليه النظارة للغير، فيُنظر كذلك للآراء التي تجيز نظارة الموقوف عليه الأصلية على الوقف وباعتبار أن الحنفية والشافعية لا يجيزون النظارة الأصلية للموقوف عليهم فهم لا يجيزون اشتراط النظارة للغير من طرف الموقوف عليهم خلافا للمالكية، والحنابلة[2]، أما القاضي فبما أنه حائز على إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية في نظارته على الوقف استنادا على ولايته العامة فإنه يملك أيضا الحق في اشتراط النظارة للغير[3].

أما النظارة بالتفويض فتكون بتنازل المتولي على حقه في التولي، بإسناد النظر لغيره، وإقامته مقام نفسه استقلالا، ولقد اتفق العلماء على أنه من تُثبت له النظارة الأصلية –مع مراعاة الاختلافات الفقهية- لهم الحق في التفويض على النظارة على الوقف، أو التنازل عنها، أما من تُثبت لهم النظارة الفرعية، فلا حق لهم في تفويض النظارة، إلا إذا أُعطي لهم هذا الحق صراحة[4].

[1] خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.67.

[2] مُحَمَّد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج2، ص.148 وما يليها.

[3] عبد الرحمان عبد العزيز الجريوي، المرجع السابق، ص.28.

[4] المرجع نفسه، ص.28.

أما عن التوكيل في النظارة على الوقف، وذلك بإنابة ناظر الوقف من يقوم مقامه في التصرفات التي يملكها، فقد أجمع فهاء الشريعة الإسلامية على جواز أن ينيب في بعض التصرفات التي يملكها[1].

أما بالنسبة للنظارة على الوقف الإيصاء، فقد اتفق العلماء على أنه يجوز للواقف نقل النظارة إلى الغير بواسطة الإيصاء دائما، كما اتفقوا على انه لا يجوز للموقوف عليهم الإيصاء على الوقف إطلاقا، كما لا يجوز للقاضي عند جمهور الفقهاء عدا الحنفية الإيصاء بالنظارة بعده[2].

أما عن النظارة بالإقرار، أو كما يُصطلح عليها بالمصادقة على التولية، وهي إقرار المتولي على نفسه، بأن النظارة ليست له، وإنما لفلان، أو إقراره بأن شخص آخر معه في النظارة على الوقف ويصدقه المقر له، وقد اتفق الفقهاء جميعا على مؤاخذة المكلف بإقراره في حق نفسه[3].

وبعد الإلمام الوجيز بأحكام النظارة، وأصحابها، والأقسام المتفرعة عنها، ننتقل من خلال المطلب الموالي إلى البحث في موضوع ناظر الوقف، وتحري العلاقة بينه وبين اشتراطات الواقف خاصة أنه من يسهر على تطبيقها، وعدم مخالفتها، واحترامها.

المطلب الثاني

علاقة ناظر الوقف باشتراطات الواقف

ناظر الوقف هو القائم على شؤونه، المسؤول عليه، الحافظ لأصوله وأعيانه من التلف والتعطل،من خلال تنميتها وترميمها، إضافة إلى وظيفته في توزيع غلاة الوقف ومنافعه على المستحقين في الوقف، وأغلب هذه الأدوار، والوظائف تكون في كثير من الأحيان خاضعة لاشتراطات الواقف.

[1] خالد بن علي بن محمد المشيقح، المرجع السابق، ج3، ص.387.

[2] عبد الرحمان عبد العزيز الجريوي، المرجع السابق، ص.29.

[3] محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ج2، ص.157-158.

وعلى هذا الأساس سيتم البحث في الأحكام العامة لناظر الوقف من منظور الفقه الإسلامي،والمرسوم التنفيذي 381/98 (الفرع الأول)، إضافة إلى تسليط الضوء على مواطن تدخل اشتراطات الواقف في أحكام ناظر الوقف باعتباره المطبق، والمنفذ الاشتراطات الواقف، من لحظة تعيينه إلى غاية محاسبته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأحكام العامة لناظر الوقف

نتناول من خلال هذا الفرع إلى الأحكام العامة لناظر الوقف من خلال كيفية تعيينه، وكذا مهامه استنادا على أحكام الفقه الإسلامي، والقانون الجزائري وبالتحديد المرسوم التنفيذي 381/98.

نستعرض تلك الأحكام على النحو الآتي:

أولا: شروط تعيين ناظر الوقف.

سبق وأن تم عرض من لهم الأحقية في النظارة على الوقف في ضوء الفقه الإسلامي من خلال تبيان أقسام النظارة على الوقف، والمشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي 381/98 استقى كيفيات تعيين ناظر الوقف من خلال الأحكام الخاصة بكل من النظارة الأصلية، وكذا الفرعية.

واستنادا على ذلك يُعين ناظر الوقف بموجب قرار، وذلك بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف[1]،أو بناء على اقتراح من الأشخاص الذين لهم علاقة مباشرة، أو غير مباشرة بالوقف حيث

[1] نصت المادة 9 من المرسوم 381/98 على :" تُحدث لدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية لجنة أوقاف تتولى إدارة الأملاك الوقفية، وتسييرها، وحمايتها في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما..."، وقد نظم القرار الوزاري رقم 29 المؤرخ في 21 فيفري 1999 عمل، وصلاحيات لجنة الأوقاف من خلال 10 مواد.

نصت المادة 16 من المرسوم التنفيذي 381/98 على :" ...كما يعتمد ناظر للملك الوقفي أو على اقتراح ناظر الشؤون الدينية، وذلك من بين:

- الواقف أو من نص عليه عقد الوقف.
- الموقوف عليهم، أو من يختارونه، إذا كانوا معينين محصورين راشدين.
- ولي الموقوف عليهم، إذا كانوا معينين محصورين غير راشدين.
- من يطلب النظارة لنفسه من أهل الصلاح، إذا كان الموقوف عليه غير معين، أو معينا غير محصور وغير راشد ولا ولي له".

أما بخصوص الشروط الواجب توافرها في ناظر الوقف، فيشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في ناظر الوقف العقل، البلوغ، الإسلام[1]، والعدالة (أو الأمانة)[2]، كما يصح تولية المرأة، والأعمى والأخرس شريطة أن لا تعيقه عن النظر على الوقف[3].

وقد حدد المرسوم التنفيذي 381/98 الشروط اللازمة في ناظر الوقف من خلال المادة 17 منه حيث جاء فيها:" يشترط في الشخص المعين أو المعتمد ناظرا للأوقاف أن يكون:

- مسلما.
- جزائري الجنسية.
-بالغا سن الرشد.
- سليم العقل والبدن.
- عدلا أمينا.
- ذا كفاءة وقدرة على حسن التصرف...".

[1] خالد بن علي بن مُحَّد المشيقح، المرجع السابق، ج3، ص.346 وما يليها.

[2] ويقصد بالعدالة اجتناب كبائر الذنوب، وعدم الإصرار على صغائرها، خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.96.

[3] خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.103 وص.104-105.

وتثبت هذه الشروط وصلاحية ناظر الوقف في تولي شؤون الوقف استنادا من المادة 17 أعلاه بالتحقيق، والشهادة المستفيضة، والخبرة إن اقتضت الضرورة، وقد وافقت إلى حد بعيد الشروط الواردة في الفقه الإسلامي.

ثانيا: مهام ناظر الوقف وصلاحياته.

تحدد مهام ناظر الوقف في الفقه الإسلامي، وبإجماع المذاهب الأربعة بناءا على أحد الضوابط الثلاثة الآتية:

- أن يكون في ذلك شرط للواقف فيُرجع له؛

- أن يكون في ذلك شرط عرفي، فيُرجع إليه؛

- إذا لم يكن شيء في ذلك، فيرجع إلى كلام العلماء[1].

ولعل الضابط الأول المعتمد في تحديد مهام الناظر وصلاحيته، يعزز من جديد العلاقة القائمة بين النظارة على الوقف، وبين اشتراطات الواقف، وفي جميع الأحوال فقد حدد فقهاء الشريعة الإسلامية مهام ناظر، أو متولي الوقف في الآتي:

- **حفظ الوقف:** ويتضمن ذلك عمارة الوقف وضمان جميع نفقاته، والمخاصمة والتي تتضمن تمثيله أما القضاء سواء أكان بصفة المدعى أو المدعى عليه، خاصة وان الوقف من الأشخاص المعنوية التي ضمن لها الفقه والقانون الحق في التمثيل القانوني، والحق في القضاء؛

- **تنفيذ شروط الواقف**:والذي سيتم التفصيل فيه لاحقا؛

- استغلال الوقف وتنمية أصوله من خلال العقود المتاحة[1]؛

[1] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج3، ص.359.

- تحصيل غلة الوقف وحفظها؛

- أداء حقوق المستحقين؛

- التقرير في الوظائف، وتحديد أجور الموظفين وعزلهم؛

- تحري الأنفع، والأصلح لخدمة الوقف[2].

أما المرسوم التنفيذي 381/98 فقد حدد مهام ناظر الوقف وصلاحياته استنادا على تحديده للمقصود بالنظارة على الوقف في نص المادة 7 المذكورة آنفا، وتستوي مهام ناظر الوقف سواء أكان الوقف عاما، أو خاصا[3]، لتأتي بعد ذلك المادة 13 من ذات المرسوم وتحدد مهامه بالتفصيل حيث جاء فيها:" يباشر ناظر الملك الوقفي عمله تحت مراقبة وكيل الأوقاف ومتابعته ويتولى على الخصوص المهام الآتية:

- السهر على العين الموقوفة، وبالتالي فهو ينوب على الموقوف عليهم، ويضمن كل تقصير يلحق بالملك الوقفي.
- المحافظة على الملك الوقفي، وملحقاته وتوابعه من عقارات ومنقولات.
- القيام بكل ما يفيد الملك الوقفي، أو الموقوف عليهم.
- دفع الضرر عن الملك الوقفي مع التقيد بالتنظيمات المعمول بها، وبشروط الواقف.

---

[1] وذلك من خلال عقود الإيجار كعقد الحكر، والاستثمار كعقد المزارعة، والمساقاة، والاستغلال كعقد المرصد، والمقاولة والمقايضة للمزيد في هذا الخصوص، عد إلى خير الدين بن مشرنن، المرجع السابق، ص.163 وما يليها، وعبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثماره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري –دراسة مقارنة– أطروحة دكتوراه، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم شريعة، 2005-2006، ص.80 وما يليها.

[2] خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.165 وما يليها.

[3] وهو ما نصت عليه المادة 14 من ذات المرسوم بقولها: "يمارس ناظر الوقف المعتمد لرعاية الملك الوقفي الخاص مهامه حسب شروط طبقا لأحكام هذا المرسوم، ويعتبر مسؤولا أمام الموقوف عليهم والواقف إن اشترط ذلك للناظر، وكذا أمام السلطة المكلفة بالأوقاف".

- السهر على صيانة الملك الوقفي، والأراضي الفلاحية الوقفية واستصلاحها وزراعتها، وفقا لأحكام المادة45 من قانون الأوقاف 91-10[1].
- تحصيل عائدات الملك الوقفي.
- السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم مع مراعاة شروط الواقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي، وحمايته وخدمته المثبتة قانونا"، والملاحظ من خلال الفقرة الرابعة من المادة 13 على التقيد بشروط الواقف عند أداء الناظر لمهامه، حيث يعتبر تطبيق شرط الواقف من صميم مهام ناظر الوقف وهو ما سيتم التطرق له من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني

دور اشتراطات الواقف في تنظيم أحكام ناظر الوقف

كما أن لاشتراطات الواقف أثر على أركان الوقف، وعلى أحكام النظارة فيه، فإن الاشتراطات الواقف دور كبير في مجال تنظيم الأحكام الخاصة بناظر الوقف، باعتبار أنه جزء لا يتجزأ من النظارة على الوقف.

ومن خلال هذا الفرع من الدراسة سيتم التطرق إلى المجالات التي تتدخل فيها اشتراطات الواقف في تنظيم أحكام ناظر الوقف باعتباره المنفذ لاشتراطات الواقف (أولا)، والتعريج على مسألة مهمة وهي الرقابة على تنفيذ اشتراطات الواقف من قبل ناظر الوقف، والآليات المرصود لذلك، وهل يمكن أن يتدخل شرط الواقف في مسألة الرقابة على أعمال ناظر الوقف؟

أولا: مجالات تدخل الاشتراطات الواقف في ناظر الوقف

باعتبار أن اشتراطات الوقف – الشروط المقترنة بعقد الوقف – هي الشريعة المنظمة لعمل الوقف، وإدارة شؤونه، وعل هذا الأساس تُرصد مواطن تدخل اشتراطات الواقف في الآتي:

[1] عد في هذا الخصوص إلى القانون 07/01 المعدل لقانون الأوقاف 10/91 المذكور سابقا.

1-تعيين ناظر الوقف بشرط الواقف:

استنادا على كون الواقف من أصحاب النظارة الأصلية، إضافة إلى أنه من مفوضي النظارة على الوقف، فقد اتفق الفقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على ثبوت ولاية الواقف في تعيين ناظر الوقف مادام حيا لأن الوقف وإن خرج عن ملك الواقف إلا أنه ينسب إليه وهذا يؤكد الصلة بين الوقف والواقف[1]، مستندين على وجوب العمل بشرط الواقف[2].

وعليه، تُثبت النظارة بشرط الواقف، لمن عينه بالاسم، أو بالوصف كالأرشد، أو الأكبر...كما اتفقت المذاهب الأربعة على جواز أن يشترط الواقف ناظرا واحدا، أو عدة نظار على أنه إذا اشتراط الواقف أن يكون تعدد التصرف في الوقف باتفاق النظار، صح شرط الواقف ووجب إتباعه[3].

وهو ما أخذ به المرسوم التنفيذي 381/98 من خلال المادة 16 التي جاء في فقرتها الأولى"...كما يعتمد ناظر الملك الوقفي...من بين:

- الواقف أو من نص عليه عقد الوقف".

2-عمل ناظر الوقف بشرط الواقف:

لعل من أهم الضوابط التي تستند عليها أحكام الفقه الإسلامي، وقانون الأوقاف الجزائري في تحديد مهام ناظر الوقف، هي شرط الواقف إن وجد، فإن ناظر الوقف بدوره مكلف بالعمل باشتراطات الواقف في النظارة على الوقف، بل إن تطبيقها واحترامها ووجوب إتباعها من صميم عمله، نستعرض ذلك على النحو الآتي:

أ/ تنفيذ شرط الواقف:

[1] خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.81.

[2] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ص.370.

[3] مدونة أحكام الوقف الفقهية، ج2، ط1 لسنة2017، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ص.180-181.

سبق وان نص جمهور الفقهاء على أن " شرط الواقف كنص الشارع" في وجوب العمل به وعدم مخالفته، إلا أن بعض الشروط كما وسبق التفصيل من خلال الباب الأول من الدراسة قد تخالف مقتضى الشريعة الإسلامية، والقانون، أو قد تضر بمصلحة الوقف، والمستحقين فيه فإما أن تكون مبطلة للوقف ككل[1]، أو وأن يبطل الشرط ويصح الوقف[2].

وبالتالي، فإن ناظر الوقف ملزم بتطبيق الشرط الصحيح وفقا لضوابطه ومعاييره، مع تحري الأنفع والأصلح حتى مع الشرط الصحيح، فكثير من الشروط الصحيحة، لا تلاءم طبيعة الوقف في بعض الأحيان مما يستعدي مخالفتها وعدم الأخذ بها.

ورغم أن الشرط الصحيح هو كل شرط لا ينافي مقتضى الوقف، ولا يعطل مصلحته، ولا يخالف الشرع، إلا أن الفقهاء أجازوا مخالفة الشرط الصحيح من قبل ناظر الوقف إذا كان هناك ضرورة أو مصلحة راجحة للوقف.

فمع أن مقتضى اشتراطات الواقف اللزوم، استنادا إلى لزوم الوقف كما تم الإشارة سابقا إلا أنه قد تقتضي الضرورات مخالفة شروط الواقف إذا تصادمت مع مصلحة الوقف أو المستحقين، أو كانت منافية لأحكام الشرعة الإسلامية والقانون.

ومع أن احترام إرادة الواقف تأتي في المقام الأول، إلا أنه توجد بعض الثوابت التي لا بد من تكريسها، ولا يمكن للواقف أن يتعداها في أي حال من الأحوال وهي:

- صيانة المال الموقوف بعد وقفه، لأنه صار من المصالح العامة؛
- إصلاح إدارته وحسن استثماره؛
- عدم الإخلال بالأحكام التي ألزم الشرع الناس بها في معاملاتهم وأحكامهم[3].

[1] انظر، المادة 27 من قانون الأوقاف 10/91.

[2] انظر، المادة 29 من قانون الأوقاف 10/91.

[3] ناصر بن عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص.3.

إضافة إلا الحالات التي توجب مخالفة إرادة الواقف بما فيها اشتراطاته، وهي:

- كل شرط قد يعود لاحقا بضرر على الوقف أو الموقوف عليهم فإنه تجوز مخالفته، ومثال ذلك أن يشترط الواقف عدم استبدال الوقف، ويتضح لاحقا أنه لا بد من استبداله لخرابه وعدم إمكانية عمارته ففي هذه يخالف شرط الواقف ويستبدل الوقف؛

- كل شرط في مصارف الوقف يتعذر الوفاء به فإنه يعدل؛

- كل شرط يتعذر تحققه فهو قابل للتعديل أو الإلغاء؛

- كل شرط قد يلحق الغبن بالقائمين على أمور الوقف في أجورهم فإنه قابل للتعديل من طرف القاضي،

- كل شرط قد تكون مخالفته أصلح للمستحقين دون الإخلال بمقصود الوقف؛

- يجوز مخالفة كل شرط للواقف يغلب فيه الظن أنه الواقف لو كان حيا لرضي به واستحسنه[1].

ب/ تقدير أجرة ناظر الوقف بشرط الواقف:

أجرة ناظر الوقف هي العَوض الذي يتلقاه مقابل قيامه بأعمال النظارة على الوقف، ولا خلاف بين فقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، في أن الواقف إذا اشترط أجرا للناظر من غلة الوقف فإنه يأخذ أجره من قبل الوقف إتباعا لشرط الوقف[2].

والسبب في ذلك أن للواقف التصرف في غلة وقفه كيف شاء، وأن يضعها حيث شاء مادام ذلك لا يخالف الشرع، كما يجوز للواقف أن يجعل ما شاء من غلة وقفه لمن شاء من الناس دون أن يكلفه بالقيام بالنظارة على الوقف، فمن باب أولى أن يجعل من غلته أجرة للواقف.

[1] مصطفى أحمد شلبي، المرجع السابق، ص.375إلى 377.

[2] المدونة الفقهية للوقف، المرجع السابق، ج2، ص.563.

ويكون تقدير الواقف لأجرة ناظر الوقف، إما مساويا لأجر المثل، أو اقل من أجر المثل، أو أكثر منه، فإذا قدر الواقف للناظر أجرا وكان تقديره مساويا لأجر المثل، فلا خلاف بين الفقهاء في استحقاق ناظر الوقف لتلك الأجرة، لأنه للواقف أن يعطي ما شاء من غلة وقفه، ولان شرط الواقف في هذه الحالة واجب الإتباع، ولأن اجر المثل هو القيمة الحقيقية للعمل الذي يؤديه الناظر، أما إذا كان تقدير الناظر لأجر الناظر أقل من أجر المثل فإذا رضي به الناظر نفذ، أما إذا لم يرضى به ناظر الوقف رفع أمره للقاضي من أجل جعله مساويا لأجر المثل، أما إذا كانت أجرة ناظر الوقف أعلى من أجر المثل فالقول الراجح هو أن تنفذ تلك الأجرة، وتعليل ذلك أن الواقف حر في تقدير أجرة النظارة شريطة أن لا تكون أقل من أجر المثل[1].

أما عن تقدير أجرة ناظر الوقف في ضوء القانون الجزائري، فقد نصت على ذلك المادتين 18و19 من المرسوم التنفيذي 381/98 واعتبرت الأجرة من حقوق ناظر الوقف المالية[2]، حيث نصت المادة 18 على:" لناظر الملك الوقفي الحق في مقابل شهري أو سنوي يقدر أو يحدد من ريع الملك الوقفي الذي يسيره ابتداء من تاريخ تعيينه أو اعتماده.

ويمكن عن الاقتضاء، منح هذا المقابل من غير موارد الملك الوقفي الذي يتولى نظارته". ويخضع تحديد أجرة ناظر الوقف لأحكام نص المادة 19 والتي جاء فيها:" يحدد المقابل الشهري أو السنوي المستحق والمذكور في المادة 18 أعلاه، حسب ما هو منصوص عليه في عقد الوقف وإذا لم ينص عليه العقد، يحدد الوزير المكلف بالشؤون الدينية نسبته، بعد استشارة لجنة الأوقاف المنصوص عليها في المادة 9 أعلاه".

---

[1] أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني، المرجع السابق، ص.345 وما يليها، وخالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.308 وما يليها.

[2] إلى جانب الحق في التأمين الاجتماعي والذي نصت عليه المادة 20 بقولها:" يخضع عمل ناظر الملك الوقفي لالتزامات التأمين، والضمان الاجتماعي حسب التنظيمات المعمول بها.

تدفع الاشتراكات لأجرة التأمين والضمان الاجتماعي وتقتطع من المقابل المستحق المذكور في المادة 19 أعلاه".

وعليه، فقد استند المرسوم التنفيذي 381/98 في تقديره لأجرة ناظر الوقف على شرط الواقف في عقده، كما أن أخذ برأي الفقهاء بجواز أن تكون أجرة النظر من غلة الوقف.

ج/صرف غلة المستحقين بشرط الواقف:

لا خلاف بن الفقهاء في أن أداء المستحقين من صميم مهام ناظر الوقف، فبعد أن يقوم ناظر الوقف بتحصيل غلة الوقف، وجب عليه أن يعطي كل مستحق نصيبه من غلة الوقف وذلك وفقا لاشتراطات الواقف، مستندا في ذلك على اعتبارين، وهما:

– صرف علة الوقف في الوجوه المعينة في عقد الوقف من غير أي تعديل فيها؛

– قسمة على الوقف، وصرفها على المعنيين في الوثيقة بما تقتضيه شروط الواقف من : تسوية وتفضيل، وتقديم، وتأخير، وجمع وترتيب، وإدخال، وإخراج[1].

ومن هنا وجب احترام إرادة الواقف، واشتراطاته في صرف غلة الوقف إلى المستحقين إجمالا وتفصيلا إذا عُلم، وأما إذا جُهل شرطه في توزيع غلة الوقف فيرجع في ذلك إلى فعله (الواقف) لان فعله كشرطه في وجوب الإتباع، وإلا فإلى قصده، فإذا تعذر ذلك، فالرجوع إلى العمل بالعادة الجارية،والعرف الثابت، لأنهما يدلان على شرط الواقف أكثر مما يدل اللفظ، وغن لم يكن ذلك فالعدل يقتضي التساوي بين المستحقين في غلة الوقف لثبوت الشركة بينهم[2].

ثانيا: آليات الرقابة على تطبيق ناظر الوقف لاشتراطات الواقف

نظرا لتنوع طبيعة الوقف، واختلاف مقاصده وغاياته، فإن ذلك يفتح المجال أمام ناظر الوقف بأن يتصرف وقف ما يراه مناسبا، طالما أنه لا يتعارض مع الغاية من الوقف، وشروط الواقف، ومع ذلك فيبقى الواقف محكوما بضوابط أهمها مراعاة النظام العام، والآداب العامة السائدة في مجتمع

[1] ميمون بن عبد السلام باريش، المرجع السابق، ص.442-443.

[2] خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.210 وما يليها.

الوقف، إضافة إلى التقيد بأنظمة الدولة، والقانون الذي ينظمه باعتباره ناظرا للوقف، إضافة إلى الاعتدال والوسطية[1]، وتحري الأنفع والأصلح في نظره على الوقف، ولهل كل هذه الضوابط تراعى في مسألة الرقابة على أعمال الناظر، وكذا الرقابة على تنفيذه واحترامه لشروط الواقف، وهو ما سيتم التطرق له من خلال الآتي:

1-محاسبة الواقف لناظر الوقف

والمراد بمحاسبة ناظر الوقف هو مناقشته فيما قام به من تصرفات في مال الوقف، والأصل أن الناظر يتصرف بمقتضى المصلحة، فإذا تقرر أن ناظر الوقف لا يتصرف بمقتضى المصلحة الوقف تحققت بذلك دواعي محاسبته للتأكد من مدى إخلاله بالمصلحة التي هو مطالب بالتصرف وفقها[2].

وقد حدد فقهاء الشريعة الإسلامية الأشخاص الموكل لهم محاسبة ناظر الوقف، وهم:

- الواقف نظرا لكونه يحظى بالولاية الإشرافية على ناظر الوقف، خاصة إذا كان هو من عين ناظر الوقف من خلال شرطه، وبالتالي، فيحق له مساءلة ناظر الوقف[3]، وهذا يؤكد من جديد العلاقة القائمة بين ناظر الوقف والواقف من خلال تطبيقه لاشتراطات الواقف والعمل بها.

- الموقوف عليهم المستحقين لغلة الوقف يملكون محاسبة ناظر الوقف على مصاريف وإيرادات الوقف، ولهم مساءلته عما يحتاجون إلى علمه من أمور وقفهم، كما يمكنهم مطالبته بنسخة من عقد الوقف لمعرفة حقوقهم[4].

---

[1] الوجيز في أحكام النظارة على الوقف بين النظر الشرعي ومقتضيات العصر، ط1 لسنة 2010، الهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف، الإمارات العربية المتحدة ، ص.46 وما يليها.

[2] مدونة أحكام الوقف الفقهية، المرجع السابق، ج2، ص.504.

[3] هاني بن عبد الله بن مُحَمَّد الجبير، الإشراف القضائي على عمل النظار، ورقة عليمة مقدمة لندوة الوقف والقضاء، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، ص.10.

[4] المرجع نفسه، ص.10.

– القاضي يملك أيضا الحق في محاسبة ناظر الوقف باعتباره صاحب الولاية العامة، وللفقهاء في مساءلة ناظر الوقف ومحاسبته مناهج مختلفة مبنية على اجتهادات محضة، مؤسسة على مراعاة مصلحة الوقف، استنادا على الأحكام المتعلقة بالوصي والوكيل ونحوهما من المتصرفين لحساب الغير فالفقهاء ينظرون إلى ناظر الوقف بأنه مؤتمن ويده على الوقف يد أمانة وليس تعدي، نظرا للشروط التي يجب أن تتحقق فيه خاصة ما تعلق بالعدالة، والأمانة، فالحنفية يفرقون بين ما إذا كان ناظر الوقف مبذرا ومسرفا فلا يُقبل له قول إلا ببينة، أما إذا كان أمينا فيُقبل قوله بيمينه، ولا تلزم محاسبة الناظر في كل عام، ويكتفي القاضي منه بالإجمال إذا كان أمينا، أما إذا كان متهما يجبره القاضي على التعيين شيئاً فشيئا، ولا يحبسه بل يهدده، ويرى المالكية أن القاضي لا يجوز أن يجعل بيد الناظر التصرف كيفما يشاء، فإذا توفر الداعي لعزله عزله القاضي، وذهب الشافعية إلى أن الحاكم إذا اتهم ناظر الوقف حلفه في قدر ما أنفق، وله أن يطالبه بالحساب إذا كان ناظرا على غير معينين كالفقراء،أما إذا كانوا معينين واتهموه فالقول قولهم، ولهم مطالبته بالحساب لكونهم يملكون صلاحية محاسبته، أما الحنابلة فيرون أن الحاكم له أن يعترض على الناظر الخاص إن فعل ما لا يُسوغ فعله، وله أن يضم أمين له مع تفريطه أو تهمته ليحصل المقصود من حفظ الوقف[1].

ويلاحظ من مضمون المحاسبة، والشؤون التي يساءل عليها ناظر الوقف، مدى تطبيقه لاشتراطات الواقف واحترامه لإرادة الواقف فيها، وعن السلطة المكلفة بمحاسبة ناظر الوقف فقد نصت المادة 11 من المرسوم التنفيذي 381/98 على:" يراقب وكيل الأوقاف على صعيد مقاطعته تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية موقع الملك الوقفي، ويتابع أعمال نظار الأملاك الوقفية ويراقبها..." ويضاف إليها المادة 13 من ذات المرسوم والتي نصت على:" يباشر ناظر الملك الوقفي

[1] نور بنت حسن عبد الحليم تاروت، دور القضاء الشرعي في ضبط تصرفات النظار، ط1 دار الحافظ، سوريا، 2009 ص.98-99.

عمله تحت مراقبة وكيل الأوقاف ومتابعته..." ومنه يتضح أن وكيل الأوقاف[1] على مستوى مديرية الشؤون الدينية [2]هو المكلف بالرقابة على أعمال ناظر الوقف.

وتشمل محاسبة ناظر الوقف كل ما يتعلق بإيرادات الوقف[3] مهما كان نوعها بالنظر على طبيعة الوقف، وكذلك المصاريف المتعلقة بالوقف[4]، ويُعتمد في محاسبة ناظر الوقف إلى القواعد علم المحاسبة الخاص منها والعام، مع مراعاة أحكام الوقف، وطبيعة الملك الوقفي بتنوعه،والتشريعات المعمول بها في هذا الخصوص[5].

وتكون محاسبة ناظر الوقف بناء على التصرفات التالية:

- إذا طلب الموقوف عليهم عزل ناظر الوقف لخيانته وعدم أمانه نتيجة لتصرفاته[6].

---

[1] ترتكز مهمة وكيل الأوقاف الأساسية في مراقبة الأملاك الوقفية ومتابعتها، إضافة إلى مسك حسابات الأملاك الوقفية وضبطها ويتضمن سلك وكلاء الأوقاف رتبة واحدة وهي رتبة " وكيل الأوقاف" وقد نضم المرسوم التنفيذي 114/91 المتضمن للقانون الأساس الخاص بعمال قطاع الشؤون الدينية الأحكام المتعلقة بوكيل الأوقاف، المؤرخ في 27 فبراير1991 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 96/02 المؤرخ في 2 مارس 2002، ج.ر.ع.17 لسنة 2002.

[2] توجد مديرية الشؤون الدينية على مستوى كل ولاية من التراب الجزائري، وقد نظمها المرسوم التنفيذي 2000/200 المؤرخ في 26 جويلية 2000 ، ج.ر.ع.47 لسنة 2000، ونصت المادة 3 منه بالتحديد على صلاحيات هذه المديرية.

[3] نصت المادة 31 من المرسوم التنفيذي 381/98 على مشتملات إيرادات الوقف بقولها:" تتكون موارد الوقف مما يأتي:

- العائدات الناتجة عن رعاية الأملاك الوقفية وإيجارها.
- الهبات والوصايا المقدمة لدعم الأوقاف.
- أموال التبرعات الممنوحة لبناء المساجد والمشاريع الدينية".

[4] أما عن مصاريف الوقف في ضوء المرسوم التنفيذي 381/98 فقد شمل كل من:

- نفقات الصيانة والترميم والإصلاح، ونفقات إعادة البناء.
- نفقات البحث ورعاية الأوقاف.
- أتعاب المحامين والموثقين والمحضرين القضائيين في مجال المنازعات.
- التعويضات المستحقة لناظر الملك الوقفي المتمثلة في الأجرة، واشتراكات الضمان الاجتماعي.

[5] نظم القرار الوزاري المؤرخ في 5 محرم 1421هـ، الموافق لـ10 أبريل 2000 كيفيات ضبط إيرادات ونفقات الخاصة بالأملاك الوقفية، ج،ر، ع،26 لسنة 2000.

[6] ميمون جمال الدين، ناظر الوقف في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري-دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص جامعة سعد دحلب، الجزائر،2004، ص.81.

- إذا قام ناظر الوقف بمخالفة اشتراطات الواقف[1].
- إذا طلب الناظر أجرا له، أو احتج لقلة أجره[2].
- إذا استأذن الناظر الوقف القاضي في التصرفات الموجبة للإذن القضائي من أجل تحري حاجة الوقف لهذا التصرف، والمصلحة منه[3].

2-حالات تضمين ناظر الوقف:

من المتفق عليه في أوساط فقهاء الشريعة الإسلامية أن يد ناظر الوقف يد أمانة، إذ قبض المال بإذن المالك، فلا يتحمل تبعة هلاك ما تحت يده ما لم يتعد، أو يُفرط في المحافظة عليه[4]، فهو بالتالي ضامن في حالة: التقصير والتفريط، والتعدي، كما أن ناظر الوقف ملزم بتضمين المتعدي على الوقف،والمستغل له بأي وجه من الوجوه غير مشروعة، كغصبه[5]، أو استغلاله أو التصرف فيه.

وأما عن الحالات التي يضمن فيها ناظر الوقف فتتمثل على وجه العموم في الآتي:

- إذا تساهل ناظر الوقف في تحصيل غلة الوقف فأخذ من المستأجر أقل من أجر المثل، فإنه يضمن ما نقص، لأنه تصرف في مال غيره؛

- إذا تساهل في تأجير الوقف لمن لا تقبل شهادته، وأخذ أقل من أجرة الوقف، يضمن الناظر ما نقص؛

---

[1] المرجع نفسه، ص.81.

[2] مُحَمَّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص.397.

[3] المرجع نفسه، ص.397.

[4] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج3، ص.414.

[5] ويقصد بخصب الوقف الاستيلاء عليه عدوانا دون وجه حق، وفي حالة غصب الوقف يترتب عليه الضمان، يحي نصر حمودة الدلو، المنازعة على أرض الوقف وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية بقطاع غزة، رسالة ماجستير، تخصص شريعة وقانون،كلية شريعة وقانون بالجامعة الإسلامية، غزة، 2009، ص. 116 - 121.

– إذا باع أرض الوقف وقبض الثمن ثم مات ولم يبين حال الثمن، فيكون ذلك دينا في تركته[1].

– إذا تصرف الناظر بأموال الوقف التي في يده لشؤونه الخاصة، أو شؤون ذويه، أو أنفقها في وجوه لا يحق له الإنفاق عليها، فإنه يضمن تعديه باتفاق الفقهاء؛

– إذا طالب المستحقون في الوقف الناظر بتسليمهم حصصهم من غلة الوقف، فامتنع عن ذلك بدون وجه حق، أو مسوغ شرعي فهلكت هذه الأموال بعد ذلك، ولو بغير تفريط منه أو إهمال فإنه يكون ضامنا لما هلك[2]؛

أما عن ضمان ناظر الوقف على وجه الخصوص، والمتعلق بموضوع الدراسة، فهو تضمين الناظر على مخالفته لشرط الواقف، والتي تعتبر من صور التعدي، فباعتبار أن ناظر الوقف ملزم بإتباع شرط الواقف، والعمل به إذا كان الشرط صحيحا كما سبق بيانه، ومن ثم وجب على الناظر التقيد به عند صرف الغلة، فإذا خالف الناظر الشرط في الحالات التي لم يجز الفقه المخالفة فيها، كان متعديا ووجب عليه الضمان[3].

[1] فالحنفية فقد فرقوا بين تضمين الناظر إذا مات مجهلا للوقف أو لغلته، فما كان متعلقا بعين الوقف صار دينا على تركة الناظر، أما ما تعلق بغلة الوقف، فإذا مات الناظر فجأة قبل القبض، فلا يضمن لعدم تمكنه من البيان. وأما إذا مات بعد القبض بفترة يتمكن فيها من البيان ولم يبين، فإنه يضمن لتفريطه، وأما المالكية قالوا بما أنه أخفى الوقف ولم يعين الغلة فكأنه غصبه فتتعلق بذمته، وبالتالي تنفذ في تركته، بينما الشافعية ففرقوا بين ما إذا كان الناظر به مرض مخوف، فهنا يجب عليه أن يرد ما بيده إلى المستحق، أو لوليّه، أو وكيله، أو الحاكم، وإلا فإنه يضمن التقصير، أما إذا مات فجأة، فلا يضمن لانتفاء التقصير. في حين يرى الحنابلة بأنه: إذا مات الناظر مجهلا للوقف أو الغلة فإنه يضمن ويكون دينا في تركته، وعليه فورثة الناظر ضامنون في حدود تركة مورثهم لا غير، خالد عبد الله الشعيب، المرجع السابق، ص. 354 إلى 358.

[2] نور بنت حسن عبد الحليم تاروت، المرجع السابق، ص.107، وتبقى حالات تضمين ناظر الوقف، للمزيد عد إلى مدونة أحكام الوقف الفقهية، المرجع السابق، ج2، ص. 542 وما يليها.

[3] خالد عبد الله شعيب، لمرجع السابق، ص.371، ومدونة أحكام الوقف الفقهية، المرجع السابق،ج2، ص.548.

وأما عن تضمين ناظر الوقف في ضوء القانون الجزائري، فقد نصت المادة 13 من المرسوم التنفيذي 381/98 على:" يباشر ناظر الملك الوقفي عمله تحت مراقبة وكيل الأوقاف ومتابعته،ويتولي على وجه الخصوص المهام التالية:

– السهر على العين الموقوفة، ويكون بذلك وكيلا على موقوف عليهم وضامنا لكل تقصير..." وعليه، فإن ناظر الوقف يكون ضامنا لأي تعدي يطال العين الموقوفة، أو أي تقصير منه خاصة في مسألة العمل باشتراطات الواقف وإتباعها، إضافة إلى تفويته لأي فرص لتنمية الأعيان الوقفية واستثمارها، فكا هذه التصرفات تتوجب الضمان وترتب المسؤولية القانونية عليها[1].

فإضافة إلى المسؤولية الجزائية المشار إليها سابقا عند الحديث عن الحماية الجزائية المرصودة للأوقاف، فإنه في مسألة تضمين ناظر الوقف توقع عليه أحكام المسؤولية التقصيرية من خلال المادة 124 وما يليها من القانون المدني، فمسؤولية ناظر الوقف هي مزيج بين مسؤولية متولي الرقابة،والمسؤولية تجاه الغير كالموقوف عليهم، والمستأجرين... والمسؤولية عن الأشياء، ويكون أساسها في كل منها على الخطأ الثابت الذي لا يمكن نفيه على عن طريق إثبات السبب الأجنبي،لأن عدم تنفيذ الالتزام بحد ذاته يشكل خطأ، إضافة إلى المسؤولية العقدية[2].

3– عزل ناظر الوقف من قبل الواقف:

بالنظر إلى أحكام الفقه الإسلامي، فإن موجبات عزل ناظر الوقف هي كالتالي:

– إذا ارتد ناظر الوقف، ترفع يده عن أموال الوقف لردته؛

– إذا ثبت عليه خيانة ظاهرة، ببينة كأن يبيع الوقف، أو بعضه لمصلحته على أي وجه من الوجوه؛

[1] زكريا بن تونس، المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، رسالة ماجستير تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص.195.

[2] انتصار مجوج، الحماية المدنية للأملاك الوقفية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2016، ص.261-262-263.

– إذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه، وكانت توليته من الحاكم أُزيلت النظارة من يده؛

– إذا كان غير مأمون فامتنع عن تعمير الوقف، أو كان سيء النظر يفسد به الوقف، أو أضر تصرف بالوقف، و**خالف شرط الواقف الصحيح**، وهو عالم بتحريمه فيعزله القاضي؛

– إذا أصيب الناظر بجنون مطبق أكثر من سنة، أو بمرض أقعده فلا يستطيع معه مراعاة الوقف ولا حفظه بأمر، أو نهي، فيجب عزله، لان مراعاة حفظ الوقف مطلوبة شرعا[1].

وقد نص المرسوم التنفيذي 381/98 على حالات انتهاء مهام ناظر الوقف من خلال المادة 21[2]، حيث ميز بين حالات الإعفاء، والإسقاط على النحو الآتي:

أ/ حالات إعفاء ناظر الوقف:

حصر المرسوم التنفيذي حالات الإعفاء في الآتي:

- إذا مرض مرضا أفقده القدرة على مباشرة العمل، أو أفقده قدرته العقلية.
- إذا ثبت نقص كفاءته، لأنه يشترط في ناظر الوقف أن يكون ذا كفاءة، وقدرة على التصرف.
- إذا تخلى عن منصبه بمحض إرادته شريطة أن يبلغ السلطة المشرفة عليه سلميا كتابيا برغبته في الاستقالة عند تاريخ مغادرته.
- إذا ثبت أنه تعاطى مسكرا أو مخدرا، أو لعب ميسرا، وهي أعمال تتنافى مع مصلحة الوقف.
- إذا رهن الملك الوقفي كليا أو جزئيا، أو باع مستغلاته دون إذن السلطة المكلفة بالأوقاف، أو الموقوف عليهم، أو أدى الملكية خاصة في جزء من الملك الوقفي.
- إذا خان الثقة الموضوعة فيه، أو أهمل شؤون الوقف.

[1] نور بنت عبد الحليم تاروت، المرجع السابق، ص.108-109.

[2] عد إلى المادة 21 من المرسوم التنفيذي 381/98.

ب/ حالات إسقاط ناظر الوقف:

تتمثل حالات الإسقاط في الآتي:

- إذا أثبت أنه يضر شؤون الملك الوقفي، وبمصلحة الموقوف عليهم، أو ثبت أنه يلحق ضررا بمستقبل الملك الوقفي أو موارده.
- إذا ارتكب جناية، أو جنحة.

أما عن من لهم الحق في عزل ناظر الوقف، فإن كل مفوضي النظارة الذين سبق الإشارة إليهم يملكون الحق في عزل ناظر الوقف مع مراعاة الإخلاف الفقهي الحاصل عند المذاهب الأربعة والمتمثلين في كل من: الواقف ثم وصيه، الموقوف عليهم، ثم القاضي[1]، ولعل ما يهمنا في هذا السياق عزل الواقف لناظر الوقف، خاصة أن من موجبات العزل مخالفته لاشتراطات الواقف ويكون للواقف عزل ناظر الوقف في الأحوال التالية:

- أن يشترط الواقف العزل لنفسه؛
- أن يشترط الواقف النظارة لنفسه؛
- أن لا يشترط الواقف شيئا منهما؛

وبالنسبة للحالة الأولى والتي تتعلق بموضوع الدراسة، فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا اشترط الواقف لنفسه عزل الناظر كان له العزل متى شاء[2]، لأن هذا الشرط صحيح من الواقف، وشرط الواقف وجب العمل به كنص الشارع، بل لو شرط الواقف عزل الواقف لغيره صح الشرط وكان للمشروط له عزل الناظر متى شاء[3].

[1] مدونة أحكام الوقف الفقهية، المرجع السابق، ج2، ص.512 وما يليها.
[2] خالد بن علي بن مُحَمَّد المشيقح، المرجع السابق، ج3، ص.419.
[3] خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.389.

أما عن المخول بعزل ناظر الوقف في ضوء المرسوم التنفيذي 381/98 ، فقد نصت المادة 21 في فقرتها الأولى على:" تنهى مهام ناظر الملك الوقفي بموجب قرار من وزير المكلف بالشؤون الدينية...".

وبعد تحري العلاقة بين اشتراطات الواقف، وأحكام الناظرة على الوقف، وبالتحديد ناظر الوقف سنلج من خلال المبحث الموالي على علاقة اشتراطات الواقف –الشروط المقترنة بعد الوقف– بالتصرفات الواردة على العين الموقوفة.

المبحث الثاني

مركز اشتراطات الواقف في التصرفات الواردة على الأعيان الوقفية

تحتل اشتراطات الواقف مكانة مهمة في تكوين عقد الوقف، ثم في تنظيم شؤونه والنظارة عليه،كما تعتبر الدليل الذي يعتمده الواقف في القيام بمهامه، لتتعدى ذلك إلى التصرفات الواردة على العين الموقوفة مهما كانت طبيعتها والغاية منها.

وقد أكد الفقهاء على دور اشتراطات الواقف في تنظيم مسائل الوقف في العديد من المواطن وفي تقرير الكثير من أحكام الوقف باعتبار أنها أغلبها أحكام اجتهادية كما سبق الإشارة، والمشرع الجزائري حذا حذو الفقه الإسلامي في جعل اشتراطات الواقف الضابط الذي يحكم كل التصرفات الواردة على الوقف، حيث نصت المادة 14 من قانون الأوقاف 91-10 المعدل والمتمم على:"اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها" لتعزز بعد ذلك المادة 45 ذات الطرح بقولها:" تنمى الأملاك الوقفية وتستثمر وفقا لإرادة الواقف وطبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف..." ،ومع ذلك قد تقتضي الضرورة والمصلحة المقررة في سبيل الوقف، لعدم التقيد باشتراطات الواقف في التصرفات الواردة على الأعيان الوقفية.

وعلى الأساس سيتم التطرق من خلال هذا المبحث إلى دور اشتراطات الواقف في التصرفات الواردة على العين الموقوفة (المطلب الأول)، ومن التطرق إلى التصرفات التي يتم فيها إغفال شرط الواقف كاستثناء عن القاعدة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور اشتراطات الواقف في تنظيم بعض التصرفات الواردة على الملك الوقفي

نصت المادة 45 من القانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 10/91 على:"تستغل وتستثمر وتمنى الأملاك الوقفية وفقا لإرادة الواقف، وطبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف..." حيث يتم الانتفاع بالعين الموقوفة تبعا لشرط الواقف، فهناك من الأعيان لا تنتج غلة فيكون الانتفاع فيها بالاستعمال، وهناك طرق أخرى ينتفع بها كاستغلالها للسكن أو جني ثمارها[1] .

وانطلاقا من نص المادة 45 أعلاه، واستنادا على أحكام الفقه الإسلامي بخصوص التصرفات الواردة على الأعيان الوقفية، ودور اشتراطات الواقف فيها نستعرض الأحكام المتعلقة بإيجار الوقف (الفرع الأول)، وعمارة الوقف (الفرع الثاني) كأهم التصرفات التي تتدخل إرادة الواقف في تنظيمها من خلال الشروط التي يُقرنها بعد الوقف.

[1] حقي إسماعيل النداوي، المرجع السابق، 130.

الفرع الأول:

إيجار الأعيان الوقفية

يعتبر عقد الإيجار[1] من العقود الشائعة التي تعتمد في تثمير الملك الوقفي وزيادة إراداته، ومن خلال هذا الفرع سيتم التطرق إلى الأحكام العامة لإيجار الملك الوقفي (أولا)، والتحري عن تدخل إرادة الواقف في تنظيم مسائل إيجار العين الموقوفة (ثانيا).

أولا: أحكام إيجار الوقف

إجارة الوقف في ضوء الشريعة الإسلامية كإجارة الملك، فيما يُشترط لانعقادها، وصحتها ونفاذها في العاقدين، وفي المعقود عليه، وفي الصيغة، وفي ما يترتب من إلتزامات وحقوق[2].

أما عن إجارة الوقف في ضوء القانون الجزائري، فقد سلك المرسوم التنفيذي 381/98 في ذلك طريقين:

– **إيجار الملك الوقفي عن طريق المزاد العلني**، والذي يعتبر القاعد العامة في إيجار الأملاك الوقفية وهذا حسب المادتين 22-23 من ذات المرسوم[3]، ويتم ذلك عن طريق المزايدة بحيث تتاح الفرصة لكل الراغبين في استئجار هذا النوع من الأملاك دون تمييز أو تفضيل، وتجري هذه العملية تحت إشراف ورقابة ناظر الوقف باعتباره المسؤول الأول عن العين الموقوفة، بعد الإعلان عن المزاد في الصحافة الوطنية، ووسائل الإعلام الآخرين وذلك في مدة لا تقل عن 20 بوما، قبل بداية المزاد العلني، وينعقد هذا الإيجار على أساس الدفتر النموذجي يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية

[1] عرفت المادة 467 من القانون المدني عقد الإيجار كالآتي:" الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بالشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم....".

[2] زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.93.

[3] عد على المادتين 381/98 من المرسوم التنفيذي 381/98

والأوقاف، حيث يتم فيه التعيين الدقيق للعين الموقوفة محل الإيجار (المساحة،الطبيعة،الحدود مدة الإيجار، الأطراف والسعر) خاصة وأن المواد المتعلقة بالإيجار جاءت بصفة شمولية ولم تحدد طبيعة العين الموقوفة[1].

– **إيجار الملك الوقفي عن طريق التراضي**، هو ما نصت عليه المادة 25 من المرسوم التنفيذي 381/98 بقولها:" يمكن تأجير الملك الوقفي بالتراضي لفائدة نشر العلم، وتشجيع البحث فيه وسبل الخيرات...".

ويتضح مما سبق، أن إيجار الوقف يكون مقيدا برخصة من طرف من طرف الوزير المكلف بالشؤون الدينية، وذلك بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف، وذلك بهدف سد الذرائع أمام كل من يريد التلاعب بالأملاك الوقفية، أو استغلالها لأغراضه الشخصية[2].

أما بخصوص مدة إيجار الملك الوقفي انطلاقا من المرسوم التنفيذي 381/98، فقد نصت المادة 27 منه على :" لا يصح تأجير الملك الوقفي لمدة غير محددة، تحدد مدة عقد الإيجار حسب طبيعة الملك الوقفي لمدة غير محددة، يجدد عقد الإيجار خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من مدته...".

وبالنسبة لبدل الإيجار، فغنه يحدد بالنظر على سعر السوق، كما يمكن خفضه طبقا لنص المدة 24 من المرسوم التنفيذي 381/98، إلى أربعة أخماس إيجار المثل إذا كان مثقلا بالدين، أو لم تسجل أي رغبة فيه، إلا بقيمة أقل من إيجار المثل، ويُرجع على إيجار المثل متى توافرت الفرصة لذلك، كما يمكن مراجعة قيمة الإيجار عند نهاية كل سنة من تاريخ سريان العقد، أو من تاريخ تجديد العقد.

[1] خالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، المرجع السابق، ص.127.
[2] مُحَمَّد كنازة، المرجع السابق، ص.161.

أما عن إبرام عقد الإيجار الملك الوقفي يكون تحت ولاية مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، عن طريق ناظر الملك الوقفي، وأما بخصوص شكل عقد لإيجار فتطبق عليه أحكام المواد 324و324 مكرر و467 من القانون المدني[1]، ويكون ذلك حسب النموذج المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي03/93[2] المتعلق بالنشاط العقاري، وكذلك المرسوم التنفيذي 69/94[3] المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي 03/93.

أما بخصوص الآثار القانونية المترتبة عن عقد الإيجار في ضوء القانون المدني، والقانون التجاري،فقد نص المرسوم التنفيذي 381/98 على آثار خاصة أقرتها المواد: 26-29-30 وهي كالتالي:

- أن المستأجر يكون مدينا للملك الوقفي، باعتبار أن الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية ويمتلك ذمة مالية مستقلة، وبذلك هو مستحق للديون الناجمة عن حق الإيجار، وهو ملزم باحترام إرادة الواقف والعمل على تنفيذها سواء أكان الوقف خاصا أو عاما[4].

- في حالة وفاة المستأجر يفسخ عقد إيجار الملك الوقفي بقوة القانون، ويعاد تحريره وجوبا لصالح الورثة الشرعيين للمستأجر للحفاظ على مضمون العقد الأول، رغم أنه من الناحية العملية أمر غير ضروري ومرهق، إذ يجب إحصاء الورثة، وإنشاء الفريضة[5].

[1] عد إلى المواد: 324-324 مكرر، و467 وما يليها من القانون المدني.

[2] المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 7 رمضان 1413، الموافق لـ1مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر.ع.14 لسنة 1993.

[3] المرسوم التنفيذي 69/94، المؤرخ في 7 شوال 1414، الموافق لـ19 مارس 1994، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93، ج.ر.ع.17 لسنة 1994.

[4] خالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، المرجع السابق، ص.129.

[5] محمد كنازة، المرجع السابق، ص.165.

– أما في حال وفاة المؤجر، والحديث هنا يتعلق بالوقف الخاص لا العام، فإن الموقوف عليه لا يملك حق تأجير الملك الوقفي لأنه حق مخول للهيئة المكلفة بالأوقاف[1].

ثانيا: ولاية الواقف في إيجار الوقف.

يخضع إيجار الملك الوقفي، كسائر التصرفات الواردة على العين الموقوفة من استغلال واستثمار وتنمية إلى إرادة الواقف، وهو ما أكدت عليه المادة 45 المعدلة والمتممة بالقانون 07/01، ومع أن المرسوم التنفيذي 381/98 منح حق إيجار الملك الوقفي لناظر الوقف تحت إشراف السلطة الوصية على الأوقاف أخذا برأي المذاهب الأربعة الذين أجمعوا على أن الناظر يملك حق في إجارة الوقف،ومع ذلك يملك الواقف الحق في التأجير الوقف وذلك في حالة الوقف على النفس، فله أن يتصرف بمنفعته بالإجارة وغيرها...، لان له حق الاستعمال والاستغلال[2].

ورغم أن الواقف لا يملك حق الولاية في تأجير الوقف، إلا إذا كانت منفعة الوقف موجهة له إلا أنه يملك الحق في تحديد مدة الإيجار، وبدل الإيجار من خلال اشتراطاته، ففي حال حدد الواقف بدل الإيجار فلابد من الالتزام بشرطه والأخذ به، والحكمة الواقف من النص على بدل الإيجار تكون بهدف منع إيجار الوقف بأسعار زهيدة، وبغبن فاحش حماية لمصلحة الوقف[3].

الفرع الثاني

عمارة الأملاك الوقفية

تحتل عمارة الوقف وحفظه صدارة المهام المنوط بها ناظر الوقف، لكونها تتعلق بحماية العين الوقفية، وتضمن بقاء أصولها، ومن خلال هذا الفرع من الدراسة سيتم التطرق إلى الأحكام المتعلقة

[1] مُحَمَّد كنازة، المرجع السابق، ص.165.

[2] خالد بن مُحَمَّد بن علي المشيقح، المرجع السابق، ج 2، ص.377-378.

[3] MERCIER Ernest , op.cit. ,p.171-175

بعمارة الملك لوقفي في ضوء المرسوم التنفيذي 391/98 بالموازاة مع أحكام الفقه الإسلامي(أولا)،وذلك في سبيل التحري عن مدى تقديم أو تأخير شرط الواقف في سبيل عمارة الوقف (ثانيا).

أولا: الأحكام المتعلقة عمارة العين الموقوفة.

في سبيل عمارة العين الموقوفة، وبقاء أعيانها قائمة في مواجهة الظروف الطبيعية، والبشرية إبتكرت العديد من صيغ العقود من أجل ذلك، ومن أهمها عقد المرصد، والذي عرفه الفقه الإسلامي بأنه" اتفاق بين ناظر الوقف وبين المستأجر، أن يقوم بإصلاح الأرض وعمارتها وتكون نفقتها دينا مرصدا على الوقف بأخذ المستأجر من الناتج، إلى حين استيفاء جميع حقوقه، ليستحق الوقف فيما ذلك الأجرة المتفق عليه "[1].

وبالتالي، فإن المرصد هو الدين الثابت لمستأجر عقار الوقف المأذون له من قبل المتولي للقيام بالعمارة الضرورية للعقار الوقفي، لعدم وجود غلة يُعمر بها الوقف، ثم الرجوع على الوقف بما أنفقه بعد إثبات ذلك للناظر على أرض الواقع، والتأكد من مصاريف العمارة[2].

أما القانون الجزائري فقد نص على عقد المرصد من خلال نص المادة 26 مكرر 5 والتي جاء فيها:" "يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمى الأرض الموقوفة بعقد المرصد الذي يسمح بموجب لمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار..."، وتطبق الأحكام العامة التي تخضع لها سائر العقود بشأن عقد

[1] عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون، دط، دار الهدى، الجزائر، 2010 ص.132.

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

المرصد،مع مراعاة تقدير نفقات ومصاريف البناء، والعمارة، لتجنب الوقوع في الغبن، وذلك عن طريق إثباتها،لمقارنة المصاريف، بقيمة البناء المعمر[1].

وللجوء إلى عقد المرصد، جعل الفقه الإسلامي شرطين لذلك، وهما:

- أن لا يكون للوقف غلاة يعمر بها، نظرا لخرابه، وانعدام ثماره؛

- أن لا يوجد مستأجر للعين الموقوفة قادر على تعجيل بدل الإيجار[2].

ثانيا: عمارة الوقف في مواجهة شرط الواقف

تتعلق عمارة الوقف، بمدى خراب أعيانه، وانعدام غلته، وعليه فإن عمارة الوقف تتخذ صورتين، وهما:

- أن يكون خراب الوقف بفعل فاعل وفي هذه الحالة يضمن المخرب ما ألحقه من ضرر، فإذا كان يستفاد من العين المخربة ذاتها وجب على الضامن إرجاعها إلى عهدها السابق أما إذا كان يستفاد من غلاتها فيرمم متولي الأوقاف من بدل الترميمات؛

- أن يكون خراب الوقف دون تدخل من أحد، وفي هذه الحالة نميز بين:

- إذا اشترط الواقف مالا معينا لعمارة الوقف المخرب صُرف وفقا لشرطه[3].

- إذا كانت العينة الموقوفة المخربة موجهة للاستغلال في هذه الحالة تُسبق الترميمات الضرورية على الالتزامات الأخرى، حيث قال جمهور الفقهاء عدا الحنابلة أن عمارة الوقف تقدم على غيرها من جهات الصرف، فإذا احتاج الوقف إلى عمارة فإنه يُبدأ من غلة الوقف بعمارته، وإن لم يشترط الواقف ذلك لثبوته اقتضاءً، لأن قصد الواقف شرط غلة الوقف مؤبدا، ولا تبقى دائمة إلا بعمارتها

[1] خير الدين بن مشرنن، المرجع السابق، ص.213.

[2] المرجع نفسه، ص.212.

[3] أحمد آق كوندوز، إعمار الأوقاف وأحكامه في الفقه الإسلامي (النظرية والتطبيق)، المنتدى الخامس لقضايا الوقف الجمهورية التركية، 2011، ص.8-9.

ويُثبت شرط العمارة على وجه الأولوية[1]، حيث يشدد الحنفية في هذا المقام على وجوب تعمير الوقف، والواجب أن يُبدأ في صرف غلة الوقف على عمارته وإصلاحه سواء شرط الواقف ذلك أم لم يشترطه، وكذلك المالكية فإنهم يجيزون تعمير الوقف من غلاته، ولا يصح عنهم أن يصرف الموقوف عليهم شيئا في سبيل إعمار الوقف، على أنه يجوز أن يعمر ناظر الوقف من ماله الخاص على أن يعود فيما أنفق على مال الوقف ويستحق منه إذا لم تكن للوقف غلة، كما أجاز المالكية ترتيب حقوق عينية لمن يعمر الوقف، ويذهب الشافعية إلى رصد قيمة معلومة من غلة الوقف لعمارته على أن تقدم العمارة على توزيع الغلاة على المستحقين[2]، أما عند الحنابلة فإن العمارة لا تقدم عن المصاريف الأخرى إلا في حالتين، وهما:

– إذا شرط الواقف تقديم العمارة، وبذلك تكون وفقا لما نص عليه الواقف في شروطه فإذا اشترط تقديمها كانت قبل صرف غلاة المستحقين وحقوقهم؛

– إذا أدى تأخير عمارة الوقف إلى تعطيل مصالحه[3].

ويتضح أن تقديم العمارة، أو تأخيرها يخضع في المقام الأول والأخير لمراعاة مصالح الوقف وحقوق المستحقين فيه، ولو استدعى ذلك مخالفة شرط الواقف، وحتى وإن كان تقديم شرط الواقف محل اعتبار في عند المذهب الحنبلي، إلا انه إذا تعلق الأمر بتعطيل مصالح الوقف قُدمت العمارة على غيرها من المستحقات، لأن غاية الواقف الكبرى من وقفه، هي استمرار عطائه لضمان بقاء غرضه،وتحقيق مقاصده.

[1] خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.168.

[2] محمود جمعة الزريقي، تعمير أعيان الوقف واختلافه وسائله قديما وحديثا، منتدى الخامس للقضايا الفقهية للوقف، الجمهورية التركية، 2011، ص.5 وما يليها.

[3] خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.169.

المطلب الثاني:

دور اشتراطات الواقف في تقييد بعض التصرفات الواردة على الملك الوقفي

تلعب إرادة الواقف من خلال اشتراطاته المقترنة بعقد الوقف دورا حاسما في تنظيم جل الأحكام المتعلقة بالوقف، لتسع وتشمل أدق تفاصيله، وأهم مسائله، لتبقى إرادة الواقف دائما حاضرة كونه صاحب التصرف، وصاحب الأولوية في الولاية على الوقف بإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية.

ولكون أن التصرف في العين الموقوفة من الأمور البالغة الحساسية، باعتبار أن المغزى من الوقف هو منع التصرف،فإن الفقه الإسلامي احتاط لذلك، بان جعل إرادة الواقف وشرطه محل اعتبار،وصمام أمان خاصة إذا تعلق بالتصرفات التي تمس ملكية الوقف.

ومن خلال هذا المطلب من الدراسة سيتم تحري في أهم تلك التصرفات على الإطلاق والمعروف "بالاستبدال" (الفرع الأول)، إضافة إلى التصرفات التي تأخذ حكمه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دور إرادة الواقف في ضبط استبدال الوقف

لعل الاستبدال من أهم تلك التصرفات التي تتنافى مع طبيعة الوقف، وخصوصيته القائمة على حظر أي تصرف من شأنه أن يلغي الهوية الوقفية، أو كينونته كنظام قائم بذاته، أبدي في عطائه،لذلك نجد أن أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية، ومواقفهم إزاء استبدال الوقف، شديدة النبرة وحاسمة،لا مجال للتأويل فيها، أو الاجتهاد، وذلك للحفاظ على الغاية الكبرى وهي بقاء الوقف وديمومته.

ومن خلال هذا الفرع سيتم تناول الأحكام المتعلقة بالاستبدال في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأوقاف الجزائري (أولا)، إضافة إلى دور إرادة الوقف في ضبط الاستبدال في الوقف (ثانيا).

أولا: حكم استبدال الوقف.

الاستبدال كما هو معلوم أنه من أهم الشروط العشرة على الإطلاق، خاصة وأنه حضي بمعاملة خاصة من طرف الفقه الإسلامي، من حيث معالجته، إرساء قواعده وضوابطه عن سائر الشروط الأخرى حيث اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية أنه يقتضي أمرين اثنين، أولهما أن يتم إخراج العين الموقوفة من طبيعتها الوقفية وبيعها، وثانيهما أن تشترى عينٌ أخرى بدلا للعين الموقوفة الأصلية[1].

ونظرا لتعلق تصرف الاستبدال بالبيع، فكان الفقهاء قديما يكيفونه على أنه بيع للعين الموقوفة وإحلال بدل لها عن طريق الشراء دون ذكر مصطلح " الاستبدال"، ليأتي بعد ذلك هذا الأخير ليعبر عن تصرف البيع والشراء، ويرافق مصطلح الاستبدال مصطلح آخر ملازم له وهو الإبدال، فمتى ذكر أحد المصطلحين إلا ولازمه المصطلح الآخر، باعتبار أن الاستبدال هو نتيجة حتمية ومنطقية للإبدال[2].

ويبقى استبدال الوقف من التصرفات الاستثنائية التي لا يلجأ إليها إلا من أجل تحقيق مصلحة راجحة، ومؤكدة للوقف، خاصة وأن التكييف الفقهي والقانون للاستبدال في الوقف صعب للغاية

[1] رضا مُحَمَّد عيسى، أحكام استبدال الوقف في النظامين المصري والسعودي، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، 2014 ص.18.

[2] إبراهيم عبد اللطيف العبيدي، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية، ط1، دار الشؤون الإسلامية والعمل الخيري الإمارات، 2009، ص.55.

باعتبار أن الوقف من العقود المسقطة للملكية، فالقول أن الوقف من قبيل البيع أو المقايضة، أو الإعارة[1]، يتنافى مع مقتضى الوقف ولزومه جملة وتفصيلا.

وأما عن حكم استبدال الوقف عند المذاهب الأربعة، فقد فرق الفقهاء بين ما إذا كان الوقف قد تعطلت منافعه، وبين ما إذا لم تكن منافعه معطلة، فإذا تعطلت منافعه جاز استبداله بالشروط المذكورة أدناه، أما إذا كانت منافعه غير معطلة ففرقت المذاهب بين ما إذا وُجدت مصلحة راجحة، وبينما إذا لم توجد، فقد اتفقت المذاهب الأربعة على عدم إمكانية استبدال الوقف إذا لم تتعطل مصالحه، ولم تكن هناك مصلحة راجحة استبداله، أما إذا تحقق مصلحة راجحة للوقف، والموقوف عليه، فإن الراجح عند الفقهاء هو جواز استبداله وبه قال بعض الحنفية والحنابلة[2].

وعلى هذا الأساس نجد أن الفقه الإسلامي شدد في وضع الشروط التي تحكم الاستبدال وجعل المعيار الذي يحكم هذا التصرف هو معيار المصلحة، خاصة إذا كان الوقف لا يؤدي الغرض المرجو منه، ونجمل أهم شروط الاستبدال في الآتي:

– أن لا يكون بيع الوقف بغبن فاحش، لأن البيع بغبن فاحش تبرع بجزء من الوقف، وهو مما لا يجوز لأحد، سواء أكان ناظر الوقف، أو القاضي؛

– أن لا يبيعه ناظر الوقف لمن لا تقبل شهادته، ولا لمن كان للناظر عليه دين؛

– أن تستبدل العين الموقوفة بعقار لا نقود، مخافة أن لا يشترى بنقود بدل للوقف؛

[1] حيث يرى جانب من الفقه ترجيح فكرة "نظرية الحلول العيني" حماية للحصانة الممنوحة للوقف، ومقتضى نظرية الحلول العيني هي: افتراض قانوني بمقتضاه يُعوض شيء بشيء آخر مع استعارة خصائصه" فتطبيق هذه النظرية لا يؤثر على طبيعة الوقف ومبدئه، فالموقوف القديم سيحل محل جديد يحمل نفس خصائصه، زبن محمود الزبن، الضمانات القانونية لاستبدال الوقف العقاري في القانون المدني الأردني والنظام السعودي، المجلة القضائية، السعودية ،1424، ع6، ص. 403.

[2] خالد بن مُحَمَّد بن علي المشيقح، المرجع السابق، ص.13 وما يليها.

– أن يتحقق القاضي من أن تكون العين المستبدلة أكثر نفعا من العين الأصلية، لان الهدف الأساسي من استبدال الوقف هو تحقيق المصلحة، وجلب المنفعة؛

– أن يفحص القاضي البدل والوقف بنفسه إن أمكن، أو أن يكلف خبراء مختصين بذلك؛

– أن يوثق إجراء الاستبدال، وتسمع الشهادة عليه[1].

– أن لا يكون للوقف ريع يُعمر به[2].

وقد حدد الفقه الإسلامي الحالات التي يجوز استبدال الوقف فيها، والتي تكون في معظمها تتسم بالإضطراية، ويستثنى منها استبدال المسجد، وهي كالتالي:

- إذا غُصب وقف وتغيرت طبيعته لحد استحالت فيه أن يرجع إلى صورته الأولية.
- إذا تعطلت منافع الوقف لدرجة لا يمكنه فيها أن يُدر منافع من جديد.
- إذا غُصب الوقف غصبا عجز فيه ناظر الوقف أن يسترده، أو أن يقيم البينة عليه أمام القضاء ففي هذه الحالة يرضى الواقف بأي بدل يقدمه الغاصب حتى ولو كان أقل من قيمة الوقف المغصوب[3].

أما عن موقف المشرع الجزائري تجاه استبدال الوقف، فقد أجازه، وهو ما يتضح من خلال نص المادة 24 من قانون الأوقاف والتي جاء فيها:" لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر، إلا في الحالات التالية:

- حالة تعرضه للضياع أو الاندثار.
- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه.

[1] ناصر بن عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص.29-28.

[2] عبد الله صالح حامد أحمد، شرط الواقف وقضايا الاستبدال، مجلة الأوقاف، الكويت،2003، ع5، ص.198.

[3] المرجع نفسه، ص.198.

- حالة الضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.
- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه.

تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة".

والملاحظ من نص المادة 24 أنها أغفلت الإجراءات الشكلية الخاصة باستبدال العقار من رسمية وإشهار، وتسجيل، خاصة وأن إجراء الاستبدال يقتضي وجود عين جديدة مكان العين الموقوفة الأولى.

ومن خلال ما ورد بخصوص استبدال الوقف، يتضح أن الفقه الإسلامي، وقانون الأوقاف الجزائري، نظما كالاستبدال باعتباره تصرف رغم كونه من الشروط العشرة كسائر الشروط، ولكن نظرا لخطورة هذت الإجراء وتعلقه بتحويل الوقف، إلى ملك آخر، كان لازما، أن تُضبط شروطه وتأسس أحكامه على معيار المصلحة بالنسبة للوقف والمستحقين، ومن خلال الجزء الموالي سيتم تسليط الضوء على علاقة الواقف بشرط الاستبدال، ومدى تدخل إرادته في ضبط هذا التصرف.

ثانيا: علاقة شرط الواقف باستبدال الوقف.

يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية، في حكم استبدال ناظر الوقف بين كون الاستبدال مشروطا للناظر من قبل الواقف، وبين كونه غير مشروط له، وعليه نفرق بين حالتين:

أ/ اشتراط الاستبدال للناظر بشرط الواقف:

وذلك بأن يقول الواقف:" أرضي هذه موقوفة على أن لي استبدال غيرها بها، أو على أن لي بيعها وجعل غيرها وقفا مكانها"[1].

[1] مدونة أحكام الوقف الفقهية، المرجع السابق، ج3، ص.101.

وفي هذا انقسم الفقهاء إلى ثلاثة أقوال، نجملها وفق الترتيب الآتي:

- القول الأول يرى: **صحة الوقف وشرط معا**، وهو صحيح عند الحنفية، وبه قال المالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة، إذا كان الشرط عند خراب الوقف؛

- القول الثاني يرى: **صحة الوقف ولا أثر للشرط**، وبه قال بعض الحنفية، وبعض الحنابلة؛

- القول الثالث يرى: **بطلان الوقف وشرط معاً**، وبه قال بعض الحنفية، وجمهور الشافعية، وبعض الحنابلة[1]؛

ب/ عدم اشتراط الاستبدال للناظر بشرط الواقف:

في حال لم يشرط الواقف استبدال الوقف، ولم يعطي صلاحية ذلك لناظر الوقف، بأن يسكت على شرط الاستبدال فلا يشترط الاستبدال، ولا يشترط عدمه، أو أن يشترط عدم الاستبدال، وعليه نميز بين حالين:

- الحالة الأولى :سكوت الواقف عن شرط الاستبدال.

إذا سكت الواقف عن شرط الاستبدال، فإن الأمر لا يخلو من أمرين، وهما:

*** أن يكون الوقف قائم المنفعة:**

اتفق جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة أنه إذا كان الوقف قائم المنفعة، فلا يجوز استبداله، لأن مسوغات الاستبدال غير متوفرة، وذلك سدا لذريعة التلاعب بالأوقاف[2].

[1] خالد بن مُحَّد بن علي المشيقح، المرجع السابق، ج3، ص.9-10.
[2] خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.242.

*** أن يكون الوقف غير قائم المنفعة:**

أما إذا خرب الوقف، وأصبح لا ينتفع به، فقد اختلف الفقهاء في جواز استبداله، إلى ثلاثة أقوال:

– القول الأول: حيث أجاز كل من الحنفية، والحنابلة استبدال الوقف، وذلك في حال خرابه واستحالة الانتفاع به؛

– القول الثاني: وهو قول الشافعية حيث منعوا استبدال الوقف، ولو مع استحالة الانتفاع به؛

– القول الثالث: وهو قول المالكية، والذين فرقوا بين ما إذا كان الموقوف عقار أو منقولا، فإذا كان منقولا وأصبح غير قابلا للانتفاع به بأية حال من الأحوال كالحيوان إذا مرض أو كبر، أو الكتب إذا تلفت، فإنها تباع ويُشترى مكانها ما يصلح الانتفاع به، أما إذا كان الوقف عقار فإنه لا يجوز استبداله ولو خرب، واستدلوا في ذلك على بقاء أوقاف أحباس السلف خربة مع وجود مسوغ لاستبدالها، واستثنوا من ذلك المسجد إذا ضاق بأهله، واحتاج إلى توسعة، وبجانبه عقار وقف، فإنه يجوز بيعه لأجل توسعة المسجد ولو حبرا[1].

– الحالة الثانية: اشتراط الواقف عدم الاستبدال.

إذا اشترط الواقف عدم استبدال الموقوف، فإنه يجوز عند الحنفية، والحنابلة مخالفة شرطه، إذا كان ذلك أنفع لحاجة الوقف ومستحقيه، وهي من إحدى المسائل التي أجاز الحنفية مخالفة شرط الواقف فيها[2]، وتطبق بشأنه الأحكام العامة للاستبدال من حيث مسوغات تطبيقه، وشروط تفعيله.

ومن خلال ما سبق ذكره، يتضح أن الاستبدال تصرف، قبل أن يكون شرط من اشتراطات الواقفين، ولعل حزم الفقه الإسلامي في تنظيم أحكامه وضبط مسوغاته، غنما يدل على حساسية

[1] المرجع نفسه، ص.242 وما يليها.

[2] مدونة أحكام الوقف الفقهية، المرجع السابق،ج3، ص.120.

وخطورة هذا التصرف لتعلقه بمصلحة الوقف، والموقوف عليهم، وذلك بهدف درء كل الشبهات التي تحوم حول الاستبدال كشرط، وتصرف في آن واحد.

الفرع الثاني

دور إرادة الواقف في الحد من التصرفات ناظر الوقف الناقلة للملكية.

باعتبار أن الوقف من الأنظمة والعقود، التي تُسقط الملكية وتجعله غير قابلا للتصرف لأي شخص كان، فإن ذلك يساهم في كثرة التعديات على الوقف والتصرف فيه تصرف المالكين سواء من ناظر الوقف بسرقته أو غصبه، وكذلك من الغير، ومن خلال هذا الفرع سنتطرق إلى التصرفات الناقلة للملكية، والتي يتدخل بموجبها الواقف بعزل ناظر الوقف، باعتباره وقف ملكه على وجه التأبيد والتصدق.

أولا: بيع الوقف وهبته.

والمقصود بالبيع هنا ليس البيع المصاحب لاستبدال المشار إليه سابقا، وإنما البيع كتصرف الهدف منه نقل ملكية العين الموقوفة والتعدي عليها بغصبها دون وجه حق.

ويتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه لا يجوز للقاضي ولا لناظر الوقف بيع الوقف وهبته لتنافيه مع مقتضى الوقف، والذي يمنع التصرف في العين الموقوفة، بأسباب التملك ومنعها من البيع والهبة[1].

ويُلحق بحكم البيع والهبة، الشفعة في الوقف حيث أكد فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم جواز أخذ الوقف بالشفعة[1]، إضافة إلى قسمة الوقف[2]، ورهنه[3] كما وسبق الإشارة إلى وقف المرهون

[1] خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.268.

والمشرع الجزائري من خلال قانون الأوقاف 10/91 منع التصرف بأي شكل من الأشكال في الوقف حيث نصت المادة 23 منه على:" لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع، أو الهبة، أو التداول أو غيرها..."، وقد أكد القضاء الجزائري في كثير من المناسبات على ذلك، وهو ما يؤكد الحماية القضائية المرصودة للأملاك الوقفية من أي تصرف أو تعدي قد يطالها[4].

ثانيا:إعارة الوقف.

باعتبار الإعارة (العارية) تمليك بلا عوض، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية منعوا هذا التصرف لأن فيه توقيفا لمنافع الوقف، وهدرا لحقوق المستحقين، وبناء على ذلك فيجب على من استعار الوقف أن يدفع أجر المثل، ويعامل على أساس أنه مستأجر للعين الموقوفة[5].

وعليه، لا يجوز لناظر الوقف، ولا للقاضي إعارة الوقف، لأنهما ليسا أهلا للتبرع بالعين الموقوفة، لأنهما لا يملكان منفعة الوقف، باعتبار أنه يشترط في المعير أن يملك منفعة المعار حتى تصح العارية[6].

---

[1] على أنه يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة إذا كان الوقف مالكا بالرقبة فقط دون حق الانتفاع، فجاز للمنتفع أن يبيع حق الانتفاع، وتُضم الحصة المشفوع فيها إلى ملكية الرقبة الخاصة بالوقف، محمود جمعة الزريقي، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2016، ص.98.

[2] جاء في مبدأ أحد قرارات المحكمة العليا :" لا يجوز شرعا ولا قانونا قسمة الأملاك المحبسة قسمة ناقلة للملكية"، الغرفة العقارية الملف رقم 752359، بتاريخ 2013/03/14، م.م.ع.ع.1 لسنة 2014، ص.339.

[3] عد إلى قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، الملف رقم 636028، بتاريخ 2011/03/10، م.م.ع.ع2 لسنة 2011 ص.156.

[4] " الحبس يكون مؤيدا، وغير قابل للتصرف فيه بأي وجه من أوجه التصرف طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية" المحكمة العليا الغرفة المدنية، الملف رقم 499048 بتاريخ 2009/7/15، م.م.ع.ع2 لسنة 2009، ص.170.

[5] مُحَمَّد عبد الرحيم، التقاضي في دعوى الوقف ومنازعاته، منتدى القضايا الفقهية الثالث، الكويت، من 28 إلى 29 أفريل 2008، ص. 344-345.

[6] خالد عبد الله شعيب، المرجع السابق، ص.270.

حيث يُفرق فقهاء الشريعة الإسلامية فيما إذا كان المستعير من أهل الوقف أم لا، فإذا كان المستعير هو الموقوف عليه المالك لمنفعة الوقف، فقد اتفق الأئمة الأربعة على أنه يجوز لناظر الوقف إعارة العين الموقفة في هذه الحالة، كما يمكن للموقوف عليه إعارة الوقف باعتباره يملك منفعته فله أن يستوفيها بنفسه، وبمن ينوب عنه. ولناظر الوقف استعارة العين الموقوفة إذا كان موقوفا عليه أما إذا لم يكن موقوف عليه فلا يحق له استعارة الوقف[1].

وتتدخل إرادة الواقف في منع هذه التصرفات التي تهدف إلى نقل ملكية الوقف، وإزالتها بحقه بعزل ناظر الوقف إذا باشر هذه التصرفات، أو أن يقوم بتضمين الوقف، لخيانته وتعديه، أو لتقصيره، وتفريطه، وإهماله إذا كان التعدي من الغير.

وخلاص لما تقدم من خلال الباب الثاني من الدراسة،يتضح أن لاشتراطات الوقف – الشروط المقترنة بعقد الوقف- الأثر البالغ والعميق على مختلف المنظومة الوقفية،فلا يملك الواقف صلاحية الاشتراط إلا إذا توافرت في الشروط المطلوبة من الناحية الشرعية والقانونية،كما أن اشتراطات الواقف،هي من تحدد طبيعة الاستحقاق من خلال الفئة المستحقة،وطبيعة الشيء المستحق بالنظر على ركن الموقوف عليه،كما أن اشتراطات الواقف هي من تحدد نوع الوقف فيما إذا كان عينيا (عقارا أو منقولا)، أو منفعة.

كما تعدى تأثير اشتراطات الوقف إلى الأحكام المتعلقة بنظارة الوقف،خاصة وأن الواقف من أصحاب النظارة الأصلية على الوقف،ويعتبر من مفوضي النظارة كذلك بالنسبة لأصحاب النظارة الفرعية،وهذا ما يمكنه من أن يكون من رقيبا حسيبا على أعمال ناظر الوقف المختلفة والمتنوعة ليمتد تأثير هذه الاشتراطات حتى على تصرفات الواردة على الوقف،سواء أكانت من صميم أعمال النظارة،أو كانت من التصرفات التي تشكل تعديا مباشرا،أو غير مباشر على العين الموقوفة.

[1] خالد بن مُحَمَّد بن علي المشيقح، المرجع السابق،ج3، ص.183 وما يليها.

خاتمـــة

خـــــــــــــاتمة

بعد استقراء جزئيات هذا الموضوع،والاستغراق في تفاصيل هذه الدراسة، والتمحيص الدقيق في مضامينه، وجزئياته، بدا أن هذا الموضوع قلّ التطرق إليه والتعاطي فيه، فالدراسات المتعلقة بالشروط المقترن بعقد الوقف – اشتراطات الواقف– في ضوء أحكام القانون الجزائري والفقه الإسلامي، تكاد تكون معدومة، لذلك يظل هذا الموضوع بحاجة مُلحة لأن يُفرغ فيه الجهد، ويهتم به أهل الاختصاص.

فموضوع الشروط المقترنة بعقد الوقف، موضوع متشعب الفروع، ضارب الجذور في أعماق الفقه الإسلامي، باعتبار أن أغلب أحكامه التأصيلية مستقاة من روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها كون أن القانون الجزائري نظم اشتراطات الواقف في مواد قليلة، بأحكام تتصف بالعمومية، والبساطة لا تكاد تفصل في الموضوع بالشكل المطلوب.

ولقد حاولنا من خلال هذه الدراسة، تسليط الضوء على موضوع الشروط المقترنة بعقد الوقف، بهدف إبراز النقص الذي يطال هذه الجزئية المهمة من الوقف، كنظام إسلامي وقانوني مهم وكعقد من عقود التبرعات الصادر بالإرادة المنفردة للواقف، استنادا على مواقف المذاهب الأربعة: الحنفي، المالكي، الشافعي، الحنبلي، وعلى النظام القانوني للأوقاف الذي يحوي الكثير من القوانين بمختلف تصنيفاتها، من أجل معالجة الموضوع وفقا لأسسه ومقتضياته.

واستنادا على ما تقدم في موضوع الرسالة، وانطلاقا من هذه التوطئة، نجمل أهم النتائج والملاحظات في الآتي:

– الوقف من العقود التبرعية الصادرة التي تلعب فيه إرادة الواقف دورا حاسما على خلاف الوصية والهبة، حيث تكون هذه الإرادة هي المنشأة للتصرف، والمنظمة لجل أحكامه بعد ذلك من خلال ما يجعله من اشتراطات، لذلك يصطلح عليها الفقه الإسلامي بـ " الشروط الجُعلية للواقفين".

– إن مفهوم الشروط المقترنة بعقد الوقف، لا ينحاز عن المعنى العام للشروط المقترنة بعقد الوقف لكونه أمر زائد عن أصل التصرف، وكذلك عن مقتضى العقد، وهو أمر مستقبل، ومحتمل الوقوع أو واقع في حال العقد.

– إن مسألة الاشتراط في العقد تخضع إلى ضوابط قانونية وشرعية تحكمها، فالأصل فيها من الناحية القانونية والشرعية الحرية في وضع الشروط، فللمتعاقد أن يضع ما يشاء من بنود تنظم عقده، ونفس الأحكام تطبق على حرية الواقف في اشتراط ما يشاء في عقد الوقف.

– تأخذ اشتراطات الواقف – الشروط المقترنة بعقد الوقف– الحيز الأكبر في تنظيم الأحكام المتعلقة بالوقف، بحيث تبرز مقاصد الواقف، وتوجهاته الدينية والدنيوية من وراء تحبسه لماله على وجه التأبيد والتصدق ابتغاء مرضاة الله.

– لم تكن معالجة المشرع الجزائري للشروط المقترنة بعقد الوقف – اشتراطات الواقف– المعالجة الكافية والوافية، حيث لم يتعدى الحديث عن اشتراطات الواقف حيز الأربعة مواد وهي: 14-15-16-29 من قانون الأوقاف 10/91، ولتكون معالجة هذا الموضوع تستند على المادة 2 من قانون الأوقاف التي تحيل بدورها إلى أحكام الفقه الإسلامي، خاصة وأن قانون الأوقاف الجزائري لم يكن ملتزما بمذهب معين في تعاطيه مع أحكام الوقف، الأمر الذي يبعث على الحيرة في كيفية التعاطي مع مواضيع الوقف بما فيها الشروط المقترنة بعقد الوقف، لأن كل مذهب من المذاهب الأربعة يرتب حكما على مسألة أو قضية من منطلق كون الوقف يخرج عن ملك الواقف، أو لا يخرج وفي ذلك تناقضات كثيرة، و آراء متشابكة، تقتضي تحري الالتزام في تبني أي مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي.

– مع أن الشروط المقترنة بعقد الوقف تخضع إلى القواعد العامة للشرط المؤصل لها في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية بما فيها القانون الجزائري من حيث تكوينها، وصحتها ونفاذها، وكذا بطلانها

وفسادها إلا أن اشتراطات الواقفين تحوز على مكانة مهمة على سائر الشروط العادية حتى أن الفقه الإسلامي جعل في ذلك قاعدة مفادها أن " شرط الواقف كنص الشارع" من حيث إلزامية احترامها ووجوب إتباعها، حيث اعتبرتها المادة 14 من قانون الأوقاف الجزائري 10/91 بمثابة القواعد المنظمة للوقف ما لم يرد نهي عليها في الشريعة الإسلامية.

– الشروط المقترنة بعقد الوقف لا تخرج عن كونها شروط صحيحة، أو باطلة، أو فاسدة على غرار الشروط المقترنة بعقد الوقف، ورغم أن الحكم الشروط الباطلة هو معروف فإما بطلان الشرط وصحة العقد، أو بطلان كلاهما، وكذلك بالنسبة للشرط الفاسد الذي يُبطل هو الآخر، ويبقى عقد الوقف صحيح، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للشرط الصحيح، فليس كل شرط صحيح في الواقف يُعتد به فهناك شروط يجوز مخالفتها، وأخرى لا يجوز، ويبقى المعيار في الأخير مصلحة الوقف والمستحقين فقاعدة" شرط الواقف كنص الشارع" ليست على إطلاقها، فهناك شروط معتبرة، وشروط غير معتبرة وحتى وغن كانت الشروط معبرة في أصلها قد يطرأ ما يلغيها، أو يعدلها.

– قانون الجزائري لم يقر صراحة بالشروط العشرة للواقفين المعروفة في أوساط الفقه الإسلامي وبالتحديد المذهب الحنفي، مع أنه عالج ما يُعرف بالاستبدال كونه من أهم الشرط العشرة على الإطلاق، ومع ذلك فإن شروط الواقفين، لا تخرج عن مضمون الشروط العشرة بأي حال من الأحوال.

– إن مقتضى الشروط المقترنة بعقد الوقف، أو بالأحرى اشتراطات الواقف اللزوم كقاعدة عامة مهما اختلفت المسميات، وتعدد الدالات، وتشابهت التأويلات، يبقى مقتضى اللزوم من أهم الضوابط التي تحكم اشتراطات الواقف، وتحافظ على ثباتها وتواترها أمد الوقف، وهو ما أكدته المادة 16 من قانون الأوقاف الجزائري 10/91.

– رغم أن مقتضى اشتراطات الواقف هو اللزوم، إلا أنه يمكن للواقف أن يتراجع، أو يُعدل في شروطه، متى سمح لنفسه بذلك من خلال إضافة شرط التعديل والتراجع، وفي جميع الأحوال يمكن للقاضي أن يتدخل في هذه المسألة بأن يلغي الشروط التي يراها تتنافى مع مقتضى الوقف ومصلحة الوقف، والموقوف عليهم.

– تُثبت اشتراطات الواقف بذات الطرق التي يُثبت بها الوقف، مع بعض الاختلافات الدقيقة كإثبات الوقف بشهادة التسامع، التي لا تثبت بها الاشتراطات، ورغم أن قانون الأوقاف لم ينص صراحة على طرق إثبات اشتراطات الواقف، إلا أنه واستنادا على نص المادة 2 من قانون الأوقاف فيمكن الرجوع إلى الفقه الإسلامي في ذلك.

– تتسع رقعة آثار اشتراطات الواقف لتشمل جميع نظام الوقف، وتحظى أركان الوقف بالنصيب الأكبر من هذا التأثير، فهي من تضع الشروط الواجب توافرها في الموقوف عليه حتى يكون أهلا للاستحقاق، وتُحدد من خلال الموقوف نصيب المستحق انطلاقا من طبيعة المال المراد وقفه وطريقة الانتفاع به، ومن حيث النظارة عليه في الطرق ذلك وكيفياته، بداية من تعيين الناظر مرورا باستغلال الوقف والانتفاع به وتوزيع غلاته، إلى أعمال الصيانة عليه وعمارته والمخاصمة فيه وهذا كله لا يتأتى إلا إذا كان الواقف يملك أهلية التصرف في ماله من الناحية الشرعية والقانونية.

– تلعب اشتراطات الواقف – الشروط المقترنة بعقد الوقف– دورا مهما في تنظيم المسائل المتعلقة بالنظارة على الوقف، باعتبار أن وظائف النظارة يُعتمد في القيام بها على أساس ما يشترطه الواقف في كيفية استغلال الوقف، وتنمية، وتحديد مصارفه وغيرها من الأمور، وهو ما أكدته المادة 45 من المرسوم التنفيذي 381/98 المتعلقة بكيفيات تسيير الملك الوقفي وإدارته.

– تمثل إرادة الواقف محورا مهما في ترجيح الأصلح للوقف والمستحقين، من خلال ما يجري على الوقف من تصرفات خاصة وأن الواقف من أصحاب النظارة الأصلية على الوقف، ويعتبر من

مفوضي النظارة كذلك بالنسبة لأصحاب النظارة الفرعية، وهذا ما يمكنه من أن يكون من رقيبا حسيبا على أعمال ناظر الوقف المختلفة والمتنوعة، ليمتد تأثير هذه الاشتراطات حتى على تصرفات الواردة على الوقف، سواء أكانت من صميم أعمال النظارة، أو كانت من التصرفات المضرة بالملك الوقفي خاصة ما تعلق بالاستبدال، أو التصرفات الناقلة للملكية.

ومن خلال ما سبق سرده من ملاحظات، واستنتاجات، نستعرض أهم الاقتراحات والتوصيات وقف الترتيب التالي:

– العمل على إصلاح المنظومة الوقفية الجزائرية، بما يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية، والنظام العام والآداب العامة في المجتمع الجزائري، على أساس ترجيح المصلحة العامة عن الخاصة، وحماية الأعيان الوقفية، وضمان استقلاليتها، كونها نظام قانوني وشرعي يتمتع بالشخصية المعنوية، كسائر الأشخاص القانونية المنصوص عليها في المادة 49 من القانون المدني الجزائري.

– ضرورة تحديد الميول المذهبي في مادة قانونية صريحة فيما يخص الأحكام المطبقة على الوقف على وجه العموم واشتراطات الواقف على وجه الخصوص، لتكون الإحالة إلى الفقه الإسلامي منطقية غير متناقضة فيما ما لم يتم النص عليه في قانون الأوقاف، وذلك نظرا للاختلاف الذي يختص به كل مذهب على حدى، ومن باب أولى التقيد بالمذهب المالكي.

– إعادة النظر في الأحكام الخاصة بالرجوع، والتعديل فيما يخص الشروط المقترنة بعقد الوقف،خاصة وأن قانون الأوقاف كان متأرجحا في تحديد المقصود بكل من الرجوع، والتراجع، والتعديل، إضافة إلى تحديد السبيل لذلك، إما عن الطريق القضائي، أو بطلب مقدم للجهة الوصية.

– تحديد الطرق التي تثبت بها اشتراطات الواقف في حال جهل شرط الواقف، وذلك من خلال تعديل نص المادة 35 على أن نفس الطرق التي يُثبت بها الوقف تثبت بها الشروط المقترنة به –

اشتراطات الواقف– مع مراعاة أحكام كليهما، في الإثبات، إضافة إلى معالجة حالة تعذر إثبات شروط الواقف.

– تكريس دور ناظر الوقف في السهر على احترام اشتراطات الواقف، ووجوب تطبيقها، وجعل صلاحية الرقابة على أعمال الناظر، بما فيها مدى تطبيقه للشروط المقترنة بعقد الوقف إلى السلطة القضائية من أجل ردع أي تعدي قد يطال الوقف وحقوق المستحقين فيه.

– تكوين القضاة على التعاطي السليم في المادة الوقفية، وذلك من خلال تعريفهم بالأحكام التفصيلية للوقف، خاصة الأحكام المتعلقة بالوقف الخاص باعتبار أنها المجال الخصب للمنازعات إضافة إلى أن اغلب اشتراطات الواقف تتعلق بالوقف الخاص، وذلك بالموازاة مع خلق هيئة إفتاء تختص بقضايا الوقف ونوازله، من خلال جلب أهل الاختصاص من علماء وأئمة لتنوير وتصويب القانونية، والقضاء في هذا الصدد، وهو ما يتطلب تعزيز وتفعيل دور الدولة ممثلة في الجهة الوصية في هذا المجال بالذات.

– توجيه الراغبين إلى تحبيس أموالهم، من خلال تعريفهم بمختلف سبل وكيفيات الوقف وأنواعه وأحكامه، وتقويم اشتراطاتهم بما يتناسب مع مقتضيات الواردة في القانون الأوقاف الجزائري وأحكام الفقه الإسلامي، لتفادي بطلان أوقافهم، وعدم صحة شروطهم من خلال مراجعة عقودهم الوقفية والتأكد من مدى صحتها وموافقتها للنصوص المعمول بها، على جانب إعداد دليل للوقف يستأنس به كل من الواقفين، ونظراء الوقف، والموثقين، يتضمن توجيهات شرعية وقانونية تساعد على تسهيل علمية الوقف.

– التشجيع الناس على الوقف بمختلف أنواعه خاصة الوقف المؤقت بهدف جلب أكبر عدد من الواقفين، وذلك من خلال إقامة الندوات والمؤتمرات العلمية واستغلال الوسائل الحديثة، ومنصات

مواقع التواصل الاجتماعي من أجل التعريف بأحكامه وأهميته على جميع الأصعدة الدينية والثقافية والاقتصادية، والتعليمية وغيرها... وربط كل ذلك بفكرة الثواب.

وصفوة القول أن موضوع الشروط المقترنة بعقد الوقف أو اشتراطات الواقف، من المواضيع المهمة والحساسة، والتي لم تأخذ حقها من المعالجة القانونية والشرعية خاصة في ضوء القانون الجزائري وهذا وإن دل على شيء فإنه يدل على نقص الوعي الوقفي لدى المجتمع الجزائري الذي ساهم في تلاشي دور الوقف في جميع الأصعدة بعد ما كان عمادا لقيام الحضارات الإسلامية قديما، فما بالك بمعرفة مدى خطورة وأهمية الشروط المقترنة بعقد الوقف في تحديد مسار المنظومة الوقفية ككل وانعكاسات ذلك على مصلحة الوقف، والمستحقين فيه.

قائمة المصادر والمراجع

***القرآن الكريم برواية ورش.**

***السنة النبوية**

- أبي عبد الله مُحَمَّد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري،ط1، دار ابن الكثير لبنان،2002.

- حافظ أبو الحسن مسلم بن حجاج، صحيح مسلم، ط1، دار طيبة للنشر والتوزيع،السعودية،2006.

- يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي، الأربعون النووية وتتمتها، دار مكتبة الاقتصاد، مكة.

أولا: المصادر

1-المصادر القانونية:

أ/الدساتير:

-دستور 1989 الصادر بموجب: المرسوم الرئاسي 89-18 المؤرخ في28 فبراير1989، المتعلق بنشر تعديل الدستور،ج.ر.ع،9 بتاريخ1 مارس1989.

- دستور 1996الصادر بموجب: المرسوم الرئاسي96-438 المؤرخ في7 ديسمبر1996، المتعلق بنشر تعديل الدستور،ج.ر.ع.76 لسنة1996، المعدل والصادر التعديل الدستوري بموجب: القانون رقم16-01 المؤرخ في جمادى الأولى عام 1437، الموافق لـ6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري ج.ر.ع،14 لسنة2016.

ب/ القوانين:

- قانون الأملاك الوطنية 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق للفاتح من ديسمبر عام 1990، ج.ر.ع.52 لسنة 1990، والمعدل والمتمم بالقانون 08-14 المؤرخ في 17 رجب 1429، والموافق لـ 20 يوليو2008، ج.ر.ع. 44 لسنة 2008.

- القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف، والمعدل، والمتمم بالقانون 01-07 والقانون 02-10 المؤرخ في 12 شوال 1411، الموافق لـ 27 أفريل1991، ج.ر. ع: 21 لسنة 1991.

ج/ الأوامر:

- الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1886، الموافق لـ 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج.ر.ع.94 لسنة 1966، (الأمر 15-12 المؤرخ في 23 جويلية 2015، المعدل و المتمم للأمر 66-156، ج.ر.ع.40 لسنة 2015.

- الأمر 70-91 المؤرخ في 17 شوال 1970، الموافق لـ 15 ديسمبر 1970، المنظم للتوثيق، الملغى بموجب المادة 41 من القانون88-27 المؤرخ في جويلية1988 والمنضم لمهنة التوثيق، ج.ر.ع.18 لسنة 1988، والذي أُلغي بموجب القانون06-02 المؤرخ في 21 محرم 1427، الموافق لـ 20 فبراير 2006، والمتضمن مهنة الموثق،ج.ر.ع 14 لسنة 2006.

- الأمر 75-58المؤرخ في 20رمضان1395، الموافق لـ26سبتمبر1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، بالقانون 07-05 المؤرخ في13ماي2007، ج،ر، ع:78لسنة1975.

- الأمر 76-105 المؤرخ في9 ديسمبر 1976، المتضمن قانون التسجيل، ج.ر.ع، 81 لسنة 1977.

- المرسوم الرئاسي 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام1442، الموافق لـ:30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر2020 ج.ر.ع.82 لسنة 2020.

د/المراسيم:

- المرسوم رقم 64-283 المتضمن نظام الأملاك الحبسية،المؤرخ في10 جمادى الأولى1383. الموافق لـ17سبتمبر1964،ج.ر.ع. 35 لسنة 1964.

- المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم، المؤرخ في24 ربيع الأول 1396، الموافق لـ25 مارس 1976، ج.ر.ع، 30.

- المرسوم 83-352 المؤرخ في8 شعبان من سنة 1403، الموافق لـ 21 ماي 1983،ج.ر.ع.21 لسنة 1983، المتضمن الاعتراف بالملكية عن طريق عقد الشهرة.

- المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 7 رمضان 1413، الموافق لـ1مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر.ع.14 لسنة 1993.

هـ/ المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي 114/91 المتضمن للقانون الأساس الخاص بعمال قطاع الشؤون الدينية، المؤرخ في 27 فبراير1991 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 96/02 المؤرخ في 2 مارس 2002، ج.ر.ع.17 لسنة 2002.

- المرسوم التنفيذي 69/94، المؤرخ في 7 شوال 1414، الموافق لـ19 مارس 1994، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93، ج.ر.ع.17 لسنة 1994.

-المرسوم التنفيذي381/98 المؤرخ في12 شعبان1419هـ، الموافق لـ1 ديسمبر1998، يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية، و تسييرها و حمايتها و كيفيات ذلك،ج،ر،ع،90 لسنة1998.

- المرسوم التنفيذي 2000/200 المؤرخ في 26 جويلية 2000، المحدد لقواعد تنظيم مصالح مديرية الشؤون الدينية والأوقاف وعملها، ج.ر.ع.47 لسنة 2000.

- المرسوم التنفيذي 2000-336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000، والمتضمن وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، وشروطه، وكيفيات إصدارها و تسليمها، ج.ر.ع.64 لسنة 2000.

و/ القرارات الوزارية:

- القرار الوزاري رقم 29 المؤرخ في 21 فيفري 1999، والمتضمن إنشاء لجنة الأوقاف، وتحديد مهامها، وصلاحيتها.

- القرار الوزاري المؤرخ في 5 محرم 1421هـ، الموافق لـ10 أبريل 2000 المحدد لكيفيات ضبط إيرادات ونفقات الخاصة بالأملاك الوقفية، ج،ر،ع،26 لسنة 2000.

- القرار الوزاري المؤرخ في 26 ماي 2001، والمحدد لشكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي،ج.ر.ع.31 لسنة2001.

ز/ التعليمات الوزارية:

- التعليمة الوزارية المشتركة رقم09 المؤرخة في 16 سبتمبر 2002من المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، وكذلك المذكرة الوزارية رقم188 المؤرخة في 11 جوان 2002 والمتعلقة بالسجل الخاص بالملك الوقفي-وثيقة الإشهاد المكتوب-الشهادة الرسمية-

ح/ المذكرات:

- للمذكرة رقم1 المؤرخة في01/19/ 2010 الصادرة عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والمتضمنة بعض المصطلحات المتعلقة بالوقف.

2- المصادر الفقهية:

- أبي الوليد بن أحمد بن مُحَمَّد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، ج2، ط1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1998.

- إبراهيم مُحَمَّد سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، ج2، ط1 لسنة 1387 هـ، المطبعة الهاشمية، سوريا.

- أبو البركات أحمد بن مُحَمَّد بن أحمد الدردير العدوي ، شرح الصغير على أقرب مسالك إلى مذهب الإمام مالك، للدردير، ج4، دار المعارف.

- أبو زكريا بن مُحَمَّد الأنصاري، تحرير تنقيح اللباب، ط1، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2003.

- أبي عبد الله مُحَمَّد الأنصاري الرصاع، الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية القسم الأول، ط1، دار المغرب الإسلامي.

- أحمد بن الشيخ مُحَمَّد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار قلم، دمشق، 1989.

- الحبيب بن الطاهر، الفقه الإسلامي وأدلته، ج1، مؤسسة المعارف، لبنان، بيروت.

- المتصدر بن يوسف البهوتي، شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ج4، ط1 مؤسسة الرسالة الناشرون ، 2000.

- بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر الدميري أبو البقاء، الدرر في شرح المختصر للإمام لبهرام المدميري، مج 1،ط1، لسنة 2014، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر.

- حاشية الشيخ سليمان بن مُحَّد بن عمر البيرمي الشافعي البيجرمي على الخطيب، ج3، دط دار الكتب العلمية، لبنان.

- حسام المعاني الثاني برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر، الإسعاف في أحكام الأوقاف ط2، المطبعة الهندية، مصر 1902.

- خليل بن إسحاق المالكي، توضيح شرح مختصر ابن الحاجب، ج6، ط1، دار الكتب العلمية لبنان، 2011.

- زكريا بن مُحَّد الأنصاري، تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان،1997.

- زكريا بن مُحَّد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان،1998.

- سليمان بن مُحَّد بن عمر الشافعي البجيرمي ،حاشية الشيخ سليمان بن مُحَّد بن عمر البيرمي الشافعي البيجرمي على الخطيب، ج3، دط، دار الكتب العلمية، لبنان.

- شرف الدين إسماعيل بن مقري، روض الطالب ونهاية مطلب الراغب، ط1، دار الضياء كويت،2013.

- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج6، ط1 لسنة 1994، دار الغرب الإسلامي، لبنان.

- شمس الدين أبو عبد الله مُحَّد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على متن الخرقي، مج2 ط3، مكتبة الأسدي، 2009.

- عبد الرحمان الصادق الغرباني، الفقه المالكي وأدلته، ج4، مؤسسة الريان للطباعة والنشر.

- عبد الرحمان المغربي ، مواهب الجليل لشرخ مختصر الخليل، ج7، دار عالم الكتب للطباعة والنشر و التوزيع.
- عبد الرؤوف بن تاج العارفين الشافعي، كتاب تسيير الوقوف على غوامض على أحكام الوقوف، ج1، ط1 لسنة 1998، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة.
- عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ج2، المكتبة العلمية، لبنان.
- عبد الله مُحَمَّد الخرشي، الخرشي على مختصر الخليل، ط2، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر 1899.
- عبد الوهاب البغدادي، المعونة، دط، المكتبة التجارية، السعودية.
- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج8،ط2 دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- فخر الدين بن علي ابن عبد الله بن تيمية، بلغة الساغب وبغية الراغب، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية.
- مُحَمَّد الحجار، فتح العلام بشرح مرشد الأنام، ج5، ط1، دار ابن حزم، لبنان،1998.
- مُحَمَّد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار في الدر المختار(حاشية ابن عابدين)، ج6، دط، دار عالم الكتب، السعودية، 2003.
- مُحَمَّد بن بدر الدين بن بلبان الدمشقي الحنبلي، أخصر المختصرات، ط1، 1996، دار البشائر الإسلامية.
- مُحَمَّد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- مُحَمَّد بن أحمد بن عبد العزيز، معونة أولى النهى،ج5، ط5 لسنة 2008، مكتبة الأسدي مكة المكرمة.

- مُحَمَّد بن مُحَمَّد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000 .

- مرعي بن يوسف الحنبلي، دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، ط2 1929، منشورات المكتبة الإسلامية.

- مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، غاية المنتهى، ج2، ط1، مؤسسة الفراس الكويت،2008.

- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج6، دار عالم الكتب السعودية، 2003.

- موفق الدين بن قدامة المقدسي، الكافي، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.

3- المصادر اللغوية:

- ابتسام قرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر.

- ابن منظور، لسان العرب، مج 06، ج 54، دار المعارف، مصر.

- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، ج3، دار الفكر.

- زكريا بن مُحَمَّد الأنصاري، الحدود الأنيقة و التعريفات الدقيقة، دار الفكر المعاصر، لبنان، 1991.

- زين الدين بن أبي بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط3، ، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان،2009.

- علي بن مُحَمَّد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دط، دار الفضيلة مصر.

- مجد الدين مُحَمَّد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة، لبنان ،2005.

- مُحَمَّد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، ج 24، مطبعة الحكمة الكويتية. الكويت،1965.

ثانيا:المراجع

1-الكتب

أ/الكتب باللغة العربية:

- إبراهيم عبد اللطيف العبيدي، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية، ط1، دار الشؤون الإسلامية والعمل الخيري الإمارات، 2009.

- أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني، أحكام الأوقاف، ط1، مطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية مصر، 1322.

- أبي مسعود مُحَمَّد بن مُحَمَّد مصطفى العامري الأفندي الحنفي رسالة في جواز وقف النقود، ط1 دار ابن حزم، لبنان،1997.

- أحمد الجندي، مبادئ القضاء في مسائل الأحوال الشخصية، دط، المنشورات الحقوقية الصادر، لبنان، 2000.

- أحمد بن إبراهيم بن خليل، أحكام المرضى، ط1، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الكويت، 1977.

- أحمد خالدي، التقادم وآثاره في القانون الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومه الجزائر، 2016.

- أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دط، دار الجامعة الجديدة، مصر،2004.

- أحمد فراج حسين، مُحَمَّد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2000.

- أحمد نشأت، رسالة إثبات، ج1، ط1 لسنة 2005، مكتبة العلم للجميع، لبنان.

- أحمد نصر الدين الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

- الحبيب بن الطاهر، الفقه الإسلامي وأدلته، ج1، مؤسسة المعارف، لبنان، بيروت.

- حقي إسماعيل النداوي، الوقف في الشريعة والقانون، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان 2016.
- حقي إسماعيل النداوي، الوقف في الشريعة والقانون، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان 2016.
- خالد بن علي المشيقح، نوازل الأوقاف، دط، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2012.
- خالد بن علي بن مُحَّد المشيقح، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا،ج1. ج2.ج3، ط1 لسنة 2013، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر.
- خالد رامول، آسيا دوة، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ط1 دار هومه الجزائر، 2011.
- خالد رامول، الإطار القانوني و التنظيمي للأملاك الوقفية في الجزائر، ط1، دار هومه، الجزائر.
- خالد رامول، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب الجزائر، 2001.
- خالد عبد الله شعيب، النظارة على الوقف (رسالة دكتوراه)، ط1 لسنة 2006، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت.
- خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية " الوقف"،ج1،ط1 لسنة 2012، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن.
- رضا مُحَّد عيسى، أحكام استبدال الوقف في النظامين المصري والسعودي، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، 2014.
- رمضان على السيد الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، دط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
- زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط1 مطبعة الفلاح، الكويت 1984.
- زهدي يكن، الوقف في الشريعة و القانون، دار النهضة العربية، لبنان،1388..

- سالم رضوان الموسوي، أحكام الوقف والتولية، ط1 لسنة 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.

- سليم هاني منصور، الوقف ودوره في المجتمع الإسلامي المعاصر، ط1، منشورات مروان دعبول لبنان، 2004.

- سمير صبحي، أحكام الوقف في ضوء الشريعة الإسلامية، ط1 لسنة 2015، المركز القومي للإصدارات القانونية مصر.

- عباس حسن مُحَمَّد، العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، ط1 1993.

- عباس حسن مُحَمَّد، العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، ط1، 1993.

- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2003.

- عبد الحليم صقر، اقتصاديات الوقف، دار النهضة العربية، مصر،1998.

- عبد الرحمان الصادق الغرباني، الفقه المالكي وأدلته، ج4، مؤسسة الريان للطباعة والنشر.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1،ج3،ج 6، ج8،ج9، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1973.

- عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع 2010، دار الهدى، الجزائر.

- عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون، دار الهدى، الجزائر، 2010.

- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط2 لسنة 2011، موفم للنشر الجزائر.

- عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث، قصر الكتاب، الجزائر، 2006.

- عبد اللطيف مُحَمَّد عامر، أحكام الوصايا والأوقاف، دط، دار وهبه، مصر، 2006.

- عبد الوهاب خلاف، أحكام لأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم الكويت،1990.

- عزيز خانكي، رسائل في الوقف، مطبعة الأخبار، مصر.

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، ط5 لسنة 2003، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.

- عمر باشا حمدي، القضاء العقاري، ط12، دار هومه، الجزائر، 2012.

- عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، ط9، دار هومه، الجزائر، 2013.

- عمر حمدي باشا، عقود التبرعات الهبة – الوصية- الوقف،دط، دار هومه، الجزائر، 2004.

- عيسى بن بوراس مُحَمَّد، توثيق الوقف العقاري، ط1، جمعية التراث، الجزائر، 2012.

- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط1 لسنة 1968، دار مؤسسة الرسالة، لبنان.

- مُحَمَّد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، 1983.

- مُحَمَّد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي.

- مُحَمَّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مطبعة علي محيمر.

- مُحَمَّد الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، المطبعة الجديدة، سوريا، 1976.

- مُحَمَّد الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، المطبعة الجديدة، سوريا، 1976.

- مُحَمَّد بن أحمد بن صالح الصالح، الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع، ط1 لسنة 2001، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية.

- مُحَمَّد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، ط2، دار الكتاب الحديث، مصر، 1996.

- مُحَمَّد عبيد عبد الله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، ج1، وج2، دط، مطبعة الرشاد بغداد، 1977.

- مُحَمَّد قدري باشا، قانون العدل والإنصاف لحل مشكلات الأوقاف، ط5 لسنة 1928، مكتبة الأهرام، مصر.

- مُحَمَّد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية وتشريعية، دار منشأة المعارف، مصر.

- مُحَمَّد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية وتشريعية، دار منشأة المعارف، مصر،2002.

- مُحَمَّد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2008.

- مُحَمَّد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات، ط1 لسنة 1987، مكتبة لبنان، لبنان.

- محمود جمعة الزريقي، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2016.

- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية في البلاد السورية، ط3، مطبعة الجامعة السورية، سوريان 1952.

- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية في البلاد السورية، ط3، مطبعة الجامعة السورية، سوريا، 1952.

- مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، مطبعة دار التأليف مصر، 1986.

- مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، مطبعة دار التأليف مصر، 1986.

- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، 2008.

- نسيمة شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر.

- نصر فريد واصل، الولايات الخاصة (الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية)، ط1 لسنة 2002، دار الشروق، مصر.

- نور بنت حسن عبد الحليم تاروت، دور القضاء الشرعي في ضبط تصرفات النظار، ط1 دار الحافظ، سوريا، 2009.

- وهبه الزحيلي، الأموال التي يصح وقفها وكيفية صرفها، ط1، دار المكتبي، سوريا، 1997.

- وهبه الزحيلي، الفقه الحنبلي اليسير بأدلته وتطبيقاته المعاصرة، ج3، دار القلم، سوريا.

ب/ الكتب باللغة الفرنسية:

- BENMLHA Ghaouti, le droit patrimonial algérien de la famille. 1er édition office des publications universitaires, Alger ,1995.

- CLAVEL Eugène, Le wakf ou habous, tome1, imprimerie diemer, le Caire 1896.

-MERCIER Ernest, Le habous ou ouakf, ses règles et sa jurisprudence typographie Adelphe Jourdan, imprimeur libraire éditeur, Alger, 1895.

2- الرسائل الجامعة:

أ/أطروحات الدكتوراه:

- انتصار مجوج، الحماية المدنية للأملاك الوقفية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مُحَمَّد خيضر، بسكرة، 2015-2016.

- رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي – في إطار القانون الموضوعي- أطروحة الدكتوراه تخصص قانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014-2015.

- صالح براهيمي، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/2011.

- عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثماره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري – دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم شريعة، 2005-2006.

- كريمة جيدل، الشخصية المعنوية للوقف، أطروحة دكتوراه، جامعة سعد دحلب، البليدة 2012-2013.

- موسى سالمي، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية أطروحة دكتوراه، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015-2016.

ب/رسائل الماجستير:

- حافظ عمر رشيد،الشروط المقترنة بالعقود و تطبيقاتها في العقود المالية، رسالة ماجستير تخصص القانون التجاري الإسلامي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية العالمية، باكستان.

- خير الدين بن مشرنن، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون إدارة محلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

- زكريا بن تونس، المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، رسالة ماجستير تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005-2006.

- صورية زردوم، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010.

- مُحَمَّد عبد الله علي طلاحقة، التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية، أطروحة دكتوراه، تخصص فقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، جويلية 2004.

- ميمون جمال الدين، ناظر الوقف في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري-دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، جامعة سعد دحلب، الجزائر،2004.

- نور الدين لمطاعي، الشرط المقترن بالعقد " دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995-1996.

- يحي نصر حمودة الدلو، المنازعة على أرض الوقف وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية بقطاع غزة رسالة ماجستير، تخصص شريعة وقانون،كلية شريعة وقانون بالجامعة الإسلامية، غزة، 2009.

3- المقالات:

- أحمد بن صالح آل عبد السلام، الاعتداء على الوقف، مجلة العدل، السعودية، 1425 ع.24.

- إياد مُحَمَّد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت، مجلة الجامعة الإسلامية، لسنة2011، ع.2.

- خالد بن عبد العزيز بن إبراهيم الجريد، الشخصية الاعتبارية، مجلة العدل، محرم1427هـ ع.29.

- زبن محمود الزبن، الضمانات القانونية لاستبدال الوقف العقاري في القانون المدني الأردني والنظام السعودي، المجلة القضائية، السعودية ،1424، ع6.

- سناء الشيخ، إثبات التصرفات العقارية الصادرة بالإرادة المنفردة " الوصية والوقف"، مجلة المحكمة العليا، 2009، ع.1.

- عبد الله صالح حامد أحمد، شرط الواقف وقضايا الاستبدال، مجلة الأوقاف، الكويت،2003، ع5.

- علاء الدين عشي، الشخصية القانونية للوقف في التشريع الجزائري، مجلة الفقه والقانون، لسنة 2012، المغرب، ع.1.

- فارس مسدور، كمال منصوري، الأوقاف الجزائرية نظرة في الماضي والحاضر، مجلة الأوقاف، ذو القعدة 1429، نوفمبر، 2008، ع.15.

4- المداخلات والبحوث العلمية :

- أحمد آق كوندوز، إعمار الأوقاف وأحكامه في الفقه الإسلامي (النظرية والتطبيق)، المنتدى الخامس لقضايا الوقف الجمهورية التركية، 2011.

- الوجيز في أحكام النظارة على الوقف بين النظر الشرعي ومقتضيات العصر، ط1 لسنة 2010، الهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف، الإمارات العربية المتحدة .

- صالح بن حسن مبعوث، شروط الواقفين أحكامها وأثرها على الوقف دراسة فقهية مقارنة، جامعة أم القرى، السعودية.

- عبد الرحمان بن عبد العزيز الجريوي، النظارة على الأوقاف أقسامها وشروطها، بحث مقدم دون ذكر بيانات.

- عبد الله بن مُحَّد بن سعد آل خنين، الأصول الإجرائية لإثبات الأوقاف، مطبوعة ندوة الوقف والقضاء، الرياض، 1427هـ.

- عبد الرحمان بن معلا اللويحق، الشخصية الحكمية للوقف، بحث مقدم دون ذكر بيانات.

– عبد الله بن ناصر السدحان، الاندثار القصري للأوقاف المظاهر– الأسباب– العلاج، بحوث المؤتمر الثالث للأوقاف، الجامعة الإسلامية، المملكة السعودية، 2009.

– عثمان مُحَمَّد شبير، الشروط المقترنة بالعقد، بحث مقدم بدون ذكر بيانات.

– عطية عبد الحليم صقر، الوقف ودوره في تمويل المرافق العامة الخدمية، عند عجز الموازنة العامة للمملكة العربية السعودية، المؤتمر الثالث للأوقاف،2009، الجامعة الإسلامية، بالمملكة العربية السعودية.

– مُحَمَّد الزحيلي، الوقف الذري أو الأهلي، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، الكويت، 2005.

– مُحَمَّد سعيد رمضان البوطي، الشخصية الاعتبارية وأهليتها وحكم تلق الزكاة بها بحث دون ذكر أي بيانات.

– مُحَمَّد عبد الرحيم، التقاضي في دعوى الوقف ومنازعاته، منتدى القضايا الفقهية الثالث، الكويت، من 28 إلى 29 أفريل 2008.

– مُحَمَّد عثمان رأفت، الوقف الذري أو الأهلي، أعمال منتدى القضايا الوقف الفقهية الثاني، تحديات عصرية..... اجتهادات شرعية الكويت.

– محمود الزريقي، الوقف الذري بين الواقع والآفاق دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، أعمال منتدى القضايا الوقف الفقهية الثاني، تحديات عصرية..... اجتهادات شرعية، الكويت،2005.

– محمود جمعة الزريقي، تعمير أعيان الوقف واختلافه وسائله قديما وحديثا، منتدى الخامس للقضايا الفقهية للوقف، الجمهورية التركية، 2011.

– ميمون بن عبد السلام باريش، ضرورة إصلاح تشريعات الأوقاف لتوجيه إرادة الواقفين واحترامها، المؤتمر الثالث للأوقاف، الجامعة الإسلامية، السعودية،2009.

- ناصر بن عبد الله الميمان، مخالفة شرط الواقف مشكلات وحلول، المؤتمر الثاني للأوقاف، السعودية.

- هاني بن عبد الله بن مُحَمَّد الجبير، الإشراف القضائي على عمل النظار، ورقة عليمة مقدمة لندوة الوقف والقضاء، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية.

ز/ الموسوعات:

- الموسوعة الفقهية، ج26، إصدارات وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الكويت.

- مدونة أحكام الوقف الفقهية، ج1.ج2.ج3، ط1 لسنة2017، الأمانة العامة للأوقاف،الكويت.

قائمة المحتويات

الشكر

الاهداء

قائمة بأهم المختصرات

المقدمة.....05

الباب الأول أحكام الشروط المقترنة بعقد الوقف.....13

الفصل الأول التأصيل الفقهي والقانوني لفكرة الشروط المقترنة بعقد الوقف.....16

المبحث الأول ماهية الشرط.....18

المطلب الأول مفهوم الشرط.....19

الفرع الأول المعنى للشرط.....19

أولا: المعنى اللغوي للشرط.....19

ثانيا:المعنى الاصطلاحي للشرط.....19

-1تعريف الشرط في الفقه الإسلامي:.....19

-2تعريف الشرط في الفقه القانوني:.....20

-3تعريف الشرط في القانون الجزائري:.....20

الفرع الثاني تمييز الشرط عن ما يشابهه من مصطلحات.....21

أولا: تمييز الشرط عن الركن.....21

-1تعريف الركن:.....22

-2مظاهر خلط المشرع الجزائري بين الركن و الشرط:.....22

أ/ مظاهر خلط المشرع الجزائري بين الركن و الشرط في القانون المدني:.....22

ب/ مظاهر خلط المشرع الجزائري بين الركن و الشرط في القانون العقاري:.....23

ثانيا:تمييز الشرط عن السبب.....25
-1تعريف السبب:.....25
-2العلاقة بين الشرط والسبب:.....26
أ/ مظاهر التفرقة بين الشرط والسبب:.....26
ب/ مظاهر التشابه بين الشرط والسبب:.....26
المطلب الثاني التصنيف العام للشروط.....27
الفرع الأول الشروط الشرعية.....28
الفرع الثاني الشروط القانونية.....29
الفرع الثالث الشروط الجعلية.....31
المبحث الثاني مكانة الشرط المقترن بعقد الوقف في القانون الجزائري والفقه الإسلامي.....32
المطلب الأول مفهوم الوقف وأنواعه.....33
الفرع الأول مفهوم الوقف.....33
أولا:تعريف الوقف.....33
-1 التعريف اللغوي للوقف.....33
-2 التعريف الاصطلاحي للوقف.....34
أ/ تعريف الفقه الإسلامي للوقف.....34
*تعريف الوقف عند المذاهب الأربعة:.....35
*تعريف الفقه المعاصر للوقف:.....35
ب/ التعريف القانوني للوقف:.....36
*تعريف الوقف في قانون الأسرة الجزائري:.....36

*تعريف الوقف في قانون التوجيه العقاري:.....36
*تعريف الوقف في قانون الأوقاف:.....37
ثانيا : خصائص الوقف:.....37
1- خصائص الوقف باعتباره تصرف قانوني:.....37
أ/ الوقف تصرف بالإرادة المنفردة:.....37
ب/ الوقف تصرف لازم لصاحبه:.....40
2-خصائص الوقف باعتباره عقد:.....41
أ/ الوقف عقد تبرعي:.....41
ب/ الوقف عقد شكلي :.....42
-الشكلية في الوقف قبل صدور قانون التوثيق(الأمر 70-91).....44
-الشكلية في الوقف بعد صدور القانون التوثيق (الأمر 70-91).....45
3- خصائص الوقف باعتباره شخص معنوي:.....47
4- خصائص الوقف باعتباره يتمتع بالحماية القانونية:.....50
أ/ الحماية المدنية:.....51
-عدم قابلية الوقف للتملك:.....51
-عدم قابلية الوقف للحجز:.....52
-عدم قابلية الوقف للاكتساب للتقادم:.....53
ب/ الحماية الجزائية:.....55
الفرع الثاني أنواع الوقف.....57
أولا: أنواع الوقف باعتبار الموقوف عليه.....57

-1الوقف الخيري والوقف الذري.....57
-2الوقف العام والوقف الخاص.....58
- 3الوقف المعين والوقف غير معين.....61
ثانيا: أنواع الوقف باعتبار دوامه.....61
ثالثا: أنواع الوقف باعتبار محله.....62
المطلب الثاني مفهوم الشرط المقترن بعقد الوقف.....63
المفهوم العام للشرط المقترن بالعقد.....64
أولا: تعريف الشرط المقترن بالعقد.....65
ثانيا: خصائص الشرط المقترن بالعقد.....65
-1الشرط المقترن بالعقد أمر زائد عن التصرف:.....66
-2التزام زائد عن مقتضى العقد:.....66
-3الشرط المقترن بعقد الوقف يرتبط بالمستقبل دون الماضي:.....66
-4الشرط المقترن بعقد الوقف هو محتمل الوقوع:.....66
-5الشرط المقترن بالعقد يكون حال تكوين العقد:.....66
الفرع الثاني تعريف الشرط المقترن بعقد الوقف.....67
أولا: تعريف الشرط المقترن بعقد الوقف في القانون الجزائري.....67
ثانيا: تعريف الشروط المقترنة بعقد الوقف في الفقه الإسلامي.....68
-1تعريف الحنفية للشروط المقترن بعقد الوقف.....68
-2تعريف المالكية للشروط المقترنة بعقد الوقف.....69
-3تعريف الشافعية للشروط المقترنة بعقد الوقف.....71

-4تعريف الحنابلة للشروط المقترنة بعقد الوقف.....72
الفصل الثاني قواعد في الشروط المقترنة بعقد الوقف.....74
المبحث الأول دوائر الشروط المقترنة بعقد الوقف.....75
المطلب الأول.....75
الشروط الصحيحة المقترنة بعقد الوقف.....75
الفرع الأول تفسير قاعدة " شرط الواقف كنص الشارع".....77
الفرع الثاني مضمون الشروط الصحيحة المقترنة بعقد الوقف.....79
أولا: الشروط الصحيحة الجائز مخالفتها.....80
-1المقصود بالشروط الصحيحة الجائز مخالفتها.....80
-2أصناف الشروط الصحيحة الجائز مخالفتها.....81
-كل شرط قد يؤول إلى تعطيل استثمار الوقف أو قلة الثمر:.....81
-كل شرط في مصارف الوقف قد يؤول إلى التعذر:.....81
-كل شرط قد يؤدي إلى غبن القائمين بأعمال الوقف الضرورية في أجورهم:.....81
-كل شرط تكون مخالفته أسهل في تنفيذه دون الإخلال بمقصود وغرض الواقف.....82
ثانيا: الشروط الصحيحة غير جائز مخالفتها.....82
الفرع الثالث الشروط العشرة المقترنة بعقد الوقف.....84
أولا: الشروط المرتبطة بأصل العين الموقوفة.....84
ثانيا:الشروط المتعلقة بمصارف الوقف.....85
1- الزيادة والنقصان:.....85
2- الإعطاء والحرمان:.....85

-3 التخصيص والتفضيل:.....86
ثالثا: الشروط المتعلقة الموقوف عليهم.....86
المطلب الثاني الشروط الباطلة المقترنة بعقد الوقف.....88
الفرع الأول:القواعد العامة المنظمة للشروط الباطلة.....89
حكم الشروط الباطلة المقترنة بعقد الوقف.....91
-1الشرط المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية.....92
-2الشرط المخالف لأحكام قانون الأوقاف 10/91.....94
المبحث الثاني لزوم الشروط المقترنة بعقد الوقف.....96
المطلب الأول اللزوم كأصل في اشتراطات الواقف.....97
الفرع الأول المقصود باللزوم في الوقف.....97
أولا: لزوم الوقف.....98
ثانيا: لزوم شرط الواقف.....99
الفرع الثاني الاستثناءات الواردة على لزوم اشتراطات الواقف.....101
أولا: تعديل اشتراطات الواقف.....101
-1المقصود بالتعديل في شرط الواقف:.....102
أ/ المقصود بالتعديل من الناحية اللغوية:.....102
ب/ المقصود بتعديل شرط الواقف من الناحية الاصطلاحية:.....102
-تعديل شرط الواقف في القانون الجزائري:.....103
-تعديل شرط الواقف في الفقه الإسلامي:.....105
-2أصحاب الحق في تعديل شرط الواقف:.....105

أ/سلطة الواقف في تعديل اشتراطاته في عقد الوقف:.....106
ب/سلطة القاضي في تعديل شروط الوقف:.....107
-3شروط الحق في تعديل شرط الواقف:.....110
ثانيا: الرجوع في اشتراطات الواقف.....112
المطلب الثاني إثبات اشتراطات الواقف.....116
الفرع الأول طرق إثبات الشروط المقترنة بعقد الوقف.....117
أولا:إثبات الشروط المقترنة بعقد الوقف بالإقرار.....118
-1الإقرار الصادر من الواقف:.....118
-2الإقرار الصادر من الموقوف عليهم:.....119
ثانيا: إثبات الشروط المقترنة بعقد الوقف بالشهادة.....120
ثالثا: إثبات الشروط المقترن بعقد الوقف بعقد الوقف.....121
رابعا: إثبات الشروط المقترنة بعقد الوقف بالتعامل.....121
الفرع الثاني تعذر إثبات الشروط المقترنة بعقد الوقف.....122
الباب الثاني آثار اشتراطات الواقف على نظام الوقف.....125
الفصل الأول آثار اشتراطات الواقف على الأحكام التأسيسية لنظام الوقف.....126
المبحث الأول علاقة اشتراطات الواقف بركن الواقف، والموقوف عليه.....126
المطلب الأول الصلة بين اشتراطات وركن الواقف.....127
الفرع الأول الواقف كركن في الوقف.....127
أولا: الواقف.....128
1-البلوغ:.....129

2- العقل:.....130
3-الحرية:..... 131
6- الاختيار:.....131
7 -الملكية المطلقة للعين الموقوفة:.....132
الفرع الثاني مدى صلاحية الواقف للاشتراط.....133
أولا: شرط الإسلام في الواقف.....133
ثانيا: حبس الواقف على نفسه.....135
ثالثا: الوقف المحجور عليه.....136
1-وقف المحجور عليه لعارض من عوارض الأهلية:.....136
2-وقف المحجور عليه لدين:.....139
رابعا : الوقف المريض مرض الموت.....140
المطلب الثاني تطبيقات اشتراطات الواقف على الموقوف عليه.....143
الفرع الأول الموقوف عليه كركن في الوقف.....144
أولا: أن يكون أهلا للتملك.....145
ثانيا: أن يكون الموقوف عليه جهة بر.....145
ثالثا: أن تكون الجهة الموقوف عليها غير منقطعة.....146
رابعا: أن يكون الموقوف عليه موجودا.....148
الفرع الثاني آثار اشتراطات الواقف على استحقاق الموقوف عليه.....149
أولا: الأحكام العامة للاستحقاق في الوقف.....149
1-المقصود بالاستحقاق في الوقف.....150

1-شروط الاستحقاق في الوقف:.....150
أ/ ثبوت الحق في الاستحقاق:.....150
* الصورة الأولى:.....150
* الصورة الثانية:.....151
ب/ الوجود وقت الاستحقاق:.....152
ج/ قبول الموقوف عليه:.....154
2-طبيعة الاستحقاق في الوقف:.....155
ثانيا: دور اشتراطات الوقف في تنظيم مسائل الاستحقاق في الوقف.....156
1-تعيين الواقف لأصحاب الاستحقاق في الوقف.....157
أ/ وقف الواقف على الولد:.....157
ب/ وقف الواقف على ولده وولد ولده:.....159
ج/ وقف الواقف على أولاده:.....159
د/ وقف الواقف على أولاده وأولاد أولاده:.....160
هـ/ وقف الواقف على الذرية:.....160
و/ وقف الواقف على العقب:.....161
ز/ وقف الواقف على القرابة:.....162
2- أثر اشتراطات الواقف على الاستحقاق في الوقف:.....163
3- علاقة الاستحقاق بالوقف الخاص:.....167
المبحث الثاني تطبيقات اشتراطات الواقف على ركن صيغة الوقف، والموقوف.....168
المطلب الأول تطبيقات اشتراطات الواقف على ركن الصيغة.....169

الفرع الأول الصيغة كركن في الوقف.....169
1-الجزم في صيغة الوقف:.....171
2-التنجيز في صيغة الوقف:.....171
3-التأبيد في صيغة الوقف:.....172
4-بيان المصرف في صيغة الوقف:.....172
5- عدم اقتران صيغة الوقف بشرط يخل أصل الوقف أو ينافي مقتضاه:.....173
الفرع الثاني تأثير اشتراطات الواقف على تكوين صيغة الوقف.....173
أولا: تفسير اشتراطات الواقف.....173
المطلب الثاني تطبيقات اشتراطات الواقف على ركن الموقوف.....177
الفرع الأول الموقوف كركن في الوقف.....177
أولا: أن يكون الموقوف مالا متقوما.....178
ثانيا: أن يكون الموقوف معلوما.....179
ثالثا: أن يكون الموقوف مملوكا للواقف.....179
رابعا: أن يكون الموقوف مشروعا.....180
الفرع الثاني أثر اشتراطات الواقف طبيعة المال الموقوف.....181
أولا: وقف المنقول.....182
1-وقف المنقول مستقلا:.....182
2-وقف المنقول تبعا:.....183
ثانيا: وقف المرهون.....184
ثالثا: وقف المشاع.....184

رابعا: وقف المنافع.....186
الفصل الثانيآثار اشتراطات الواقف في النظارة على الوقف.....187
المبحث الأول مظاهر تأثير اشتراطات الواقف على أحكام النظارة على الوقف.....188
المطلب الأول الأحكام العامة للنظارة على الوقف.....188
الفرع الأول مفهوم النظارة على الوقف.....188
أولا: تعريف النظارة على الوقف.....189
1-تعريف النظارة لغة:.....189
2-تعريف النظارة على الوقف اصطلاحا:.....189
ثانيا: خصائص النظارة على الوقف.....191
الفرع الثاني أركان النظارة على الوقف، وأقسامها.....191
أولا: أركان النظارة على الوقف.....191
1-مفوّض النظارة:.....192
2-الناظر:.....192
3-الصيغة:.....192
4-المنظور عليه:.....192
ثانيا: أقسام النظارة على الوقف.....193
1-النظارة الأصلية:.....193
2-النظارة الفرعية:.....195
المطلب الثاني علاقة ناظر الوقف باشتراطات الواقف.....196
الفرع الأول الأحكام العامة لناظر الوقف.....197

أولا: شروط تعيين ناظر الوقف.....197
ثانيا: مهام ناظر الوقف وصلاحياته.....199
الفرع الثاني دور اشتراطات الواقف في تنظيم أحكام ناظر الوقف.....201
أولا: مجالات تدخل الاشتراطات الواقف في ناظر الوقف.....201
1-تعيين ناظر الوقف بشرط الواقف:.....201
2-عمل ناظر الوقف بشرط الواقف:.....202
أ/ تنفيذ شرط الواقف:.....202
ب/ تقدير أجرة ناظر الوقف بشرط الواقف:.....204
ج/صرف غلة المستحقين بشرط الواقف:.....206
ثانيا: آليات الرقابة على تطبيق ناظر الوقف لاشتراطات الواقف.....206
1-محاسبة الواقف لناظر الوقف.....207
2-حالات تضمين ناظر الوقف:.....210
3- عزل ناظر الوقف من قبل الواقف:.....212
أ/ حالات إعفاء ناظر الوقف:.....213
ب/ حالات إسقاط ناظر الوقف:.....214
المبحث الثاني مركز اشتراطات الواقف في التصرفات الواردة على الأعيان الوقفية.....215
المطلب الأول دور اشتراطات الواقف في تنظيم بعض التصرفات الواردة على الملك الوقفي.....216
الفرع الأول:إيجار الأعيان الوقفية.....217
أولا: أحكام إيجار الوقف.....217
ثانيا: ولاية الواقف في إيجار الوقف.....220

الفرع الثاني عمارة الأملاك الوقفية.....220
أولا: الأحكام المتعلقة عمارة العين الموقوفة.....221
المطلب الثاني:دور اشتراطات الواقف في تقييد بعض التصرفات الواردة على الملك الوقفي.....224
الفرع الأول دور إرادة الواقف في ضبط استبدال الوقف.....224
أولا: حكم استبدال الوقف.....225
ثانيا: علاقة شرط الواقف باستبدال الوقف.....228
أ/ اشتراط الاستبدال للناظر بشرط الواقف:.....228
ب/ عدم اشتراط الاستبدال للناظر بشرط الواقف:.....229
– الحالة الأولى :سكوت الواقف عن شرط الاستبدال.....229
* أن يكون الوقف قائم المنفعة:.....229
* أن يكون الوقف غير قائم المنفعة:.....229
– الحالة الثانية: اشتراط الواقف عدم الاستبدال.....230
الفرع الثاني دور إرادة الواقف في الحد من التصرفات ناظر الوقف الناقلة للملكية.....231
أولا: بيع الوقف وهبته.....231
ثانيا:إعارة الوقف.....232
خاتمة.....235
قائمة المصادر والمراجع.....243
قائمة المحتويات.....263

ملخص:

*** باللغة العربية:**

يعد الوقف من العقود التبرعية الصادرة بالإرادة المنفردة للواقف، هذه الإرادة التي تقوم بتنظيم شؤون الوقف ومسائله من خلال جملة من الاشتراطات التي يضعها الواقف في عقد الوقف، وتكون بمثابة الشريعة المنظمة لمنظومة الوقف ككل، بداية من تكوين الوقف وقيام أركانه وشروط صحته، مرورا بالنظارة عليه وتسييره وإداراته بما يتوافق مع النصوص قانون الأوقاف الجزائري 10/91 المعدل والمتمم، وكذا أحكام الفقه الإسلامي، إلى غاية التصرفات الواردة على الملك الوقفي فإن إرادة الواقف من خلال الشروط المقترنة بعقد وقفه تكون حاضرة، ومؤثرة في كله هاته المحطات، وفي مسار الوقف ككل.

وتهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على الجانب الموضوعي الاشتراطات الواقف-الشروط المقترنة بعقد الوقف- وذلك من خلال استعراض الجانب النظري للشروط المقترن بعقد الوقف بالموازاة مع الأحكام عامة للشرط في ضوء القانون الجزائري وبالتحديد قانون الأوقاف، والفقه الإسلامي ثم تحري تأثير الشروط المقترنة بعقد الوقف على الأركان المكونة لعقد الوقف، وعلى أحكام النظارة عليه، إضافة إلى عرض التصرفات التي تقيد الأخذ بالاشتراطات الواقف وتحد من احترامها.

الكلمات المفتاحية: الواقف- اشتراطات- الشروط المقترنة- عقد الوقف- شرط الواقف- إرادة الوقف- ناظر- الوقف.

*** Abstract:**

Endowment is considered as one of the donation contracts related to the will of the endower which organizes the endorsement's affairs through a set of conditions put by the endower in the contract to be the legislation that orders the system of the endorsement as a whole starting with the foundation of the endowment and conditions of its legality passing by its management that goes with the Algerian Endowment law 91/10 and also the rules of Islamic knowledge ending with the actions occurring within the endowment's property. Thus, the endower's will is always present because of the contract conditions, and it is influencing in the entire endowment path.

This study puts the light on the objective side of the endower conditions (linked to the contract) by showing the theoretical side of the contract hand in hand with the general rules in the light of the Algerian law specifically endowments and Islamic knowledge. Then investigating the impact of the conditions related to the contract on the foundations that formulate it and on the rules of monitoring besides projecting the actions that restrict taking the endower's demands and restrict respect for it.

Keywords:

Endower _ conditions _ demands _contact _ will of endower _ monitoring endowment.