وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جـــامـــعـــة يـــحـــي فـــارس- بـــالـــمـــديـــة-

كـلـــيـة الحـقـوق و الـعـلـوم الـسـيـاسـيـة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون عقاري

المحل في التصرف الوقفي الوارد على عقار في التشريع الجزائري

من إعداد الطالبة:

بابا ياسمينة

تحت إشراف الأستاذ:

د/ عياشي جمال

السنة الجامعية: 2021/2020

إهـــــداء

إلى من أفضلها على نفسي فقد ضحت من أجلي، ولم تدخر جهد في سبيل إسعادي على الدوام

"أمي الحبيبية"

إلى من رباني على حب العلم والفضيلة وأسمى القيم إلى من أضاء لي درب العلم شموعها "أبي الغالي".

إلى إخوتي وأخواتي وأبنائهم: "باديس أماني آية أناسم، ياسر، يوسف، وياسين" إلى كل أفراد العائلة.

إلى كل صديقاتي

إلى كل زملائي وزميلاتي الدراسة

إلى كل من أراد لي الخير دوما.

ياسمينة

كلمـــة شكـــــر

الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا البحث.

أتقدم بجزيل الشكر للدكتور جمال عياشي لتفضله بالإشراف على هذه المذكرة ولتوجيهاته، ونصائحه الثمينة التي ستكون عونا لي في المستقبل.

كما أتقدم بالشكر والامتنان لكل الأساتذة الذين درسوني من الابتدائي إلى الماستر.

كما أتقدم بجزيل الشكر والاعتراف بالفضل إلى كافة الأصدقاء الذين قدموا لي يد المساعدة لإنجاز هذه المذكرة.

مقدمـــــة

مقدمة:

لقد كان المال ولا يزال موضوع اهتمام الناس ومحور نشاطاتهم منذ أن وطئت أقدام آدم عليه السلام وأمنا حواء أرض هذا الكوكب لأنه وسيلة لإشباع الحاجات والرغبات اللامتناهية للإنسان إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

والوقف باعتباره مالا كان محصورا في أماكن العبادة وفي قليل الوقف الذي كان يخصصه رجال الدين للفقراء والمساكين ثم بدأ الوقف بالتطور.

عرف الوقف نقلة كبيرة بمجيء الإسلام الذي حث على الإتفاق وفعل الخير مصداقا **لقوله تعالى: "لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وما تنفقوا من شيء فإن الله به عليم".سورة آل عمران: الآية92.**

فتنوعت أهداف وأغراض الوقف، حيث أنه انتقل من الصعيد الديني إلى الصعيد الاجتماعي فانعكست آثاره على النواحي الاجتماعية، وبالعناية لكل ما يحتاجه الناس في معيشتهم.

والأملاك الوقفية تعرضت إلى النهب وذلك سواء بالإهمال وعدم الاهتمام بالمال الوقفي، وتعرض الدول الإسلامية إلى الاستعمار فتعرضت ممتلكاتها الوقفية إلى الدمار و الغصب، وبعد هذا الوضع الذي تعرضت له الأملاك الوقفية بدأت الدول الإسلامية تبحث عن سبل إصلاح نظام الوقف وتطويره وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

الملكية الوقفية تحتل مكانة في التشريع الجزائري وتشكل صنفا من أصناف الملكية وهذا بموجب القانون 90 –25 المتضمن التوجيه العقاري، الذي يمثل الإطار المرجعي لتطبيق السياسة العقارية في الجزائر.

يعتبر المحل الوقفي من بين أهم الأركان التي يقوم عليها الوقف فلا وقف بدون محل فهو الركن الثاني في عقد الوقف حسب ترتيب المشرع الجزائري، بحيث يترتب آثار شرعية على الوقف.

اختلف الفقهاء وأصحاب المذاهب حول الوقف من حيث مشروعيته وأركانه وبعض الأحكام التنظيمية له، ولكن الثابت أن محل الوقف يعتبر أهم ركن في الوقف حيث نص عليه.

المشرع الجزائري من خلال قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

فالمحل هو العين المحبوسة التي يسري عليها الوقف حيث يصرح المشرع أن محل الوقف يكون إما عقارا أو منقولا أو منفعة.

المشرع الجزائري ساوى بين أحكام محل الوقف سواء كانت عقارا أو منقول أو منفعة.

فالوقف يعتبر من بين الأملاك التي تكون على وجه التأييد موقوفة على سبل الخير لوجه **الله تعالى** بحيث تقتضي فكرة عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي إلى المحافظة عليه وحماية من كل ما يؤدي إلى التلاعب فيه وإنهائه من خلال صنع التصرف في محل الملك الوقفي، إما بالبيع أو التمليك أو القسمة.

فالتعبير في العين الموقوفة من خلال إحداث أعيان زائدة يعتبر تصرفا في نحل الملك الوقفي، لأنها تؤدي إلى ادعاء حق على الوقف يجعله محل ملكية أو دعوى تمليك يكون من خلالها إنهاء الوقف.

فالأصل محل في الملك الوقفي لا يجوز فيه نظر للزومية الوقف فهو مؤيد لا يجوز الرجوع فيه بالنظر إلى العين الموقوفة (المحل).

فمصلحة الوقف في حقيقة الأمر تقتضي إلى المحافظة عليه من كل ما يؤدي إلى التلاعب فيه وإنهائه: إما بالتصرف أو التغيير أو الاستبدال.

بالنظر إلى الأهمية الكبيرة التي يحوزها العقار في مجال الاستثمار عمل المشرع الجزائري على استغلال العقارات الوقفية لاستغلالها في إنجاز المشاريع الاستثمارية وهذا كاستثناء للتصرفات الواردة على المحل الوقفي الوارد على عقار وهذا من أجل المحافظة على الملك الوقفي وضمان الرقي

الاقتصادي للبلاد، وهذا من خلال إنشاء مرسوم تنفيذي يتماشى وطبيعة وخصوصية الوقف، فاستغلال العقارات الوقفية يكون بموجب قرار إداري.

وبالنظر للدور الهام الذي يؤديه المحل الوقفي في البناء الاقتصادي، والاجتماعي للوقف والتصرفات القانونية على عقار محل الوقف ارتأيت أن أتناول هذا الموضوع (المحل الوقفي الوارد على عقار) نظرا لأهميته وهذا للوقوف على الأحكام القانونية للتصرفات الواردة على المحل الوقفي والآثار الناجمة عن التصرف في محل الملك الوقفي والآثار الناجمة عنها كذلك لدوره في الحياة الاجتماعية والاقتصادية للبلاد لاسيما أن الأملاك الوقفية أصبحت تشكل استثمارا كافيا من خلال ترك آثار بالغة الأهمية، فكانت محلا لشتى أنواع التصرفات المادية منها القانونية .

وللإلمام بموضوع محل الوقف الوارد على عقار يطرح إشكاليات عديدة نظرا لأهمية يفتح محلا واسعا للبحث عن الطرق الأنسب لتنظيمه واستغلاله وفقا للغرض الذي أعد له، إلا أن البحوث العلمية لم تسلط أضواءها حوله بالشكل الكافي، حيث لا أنكر أني واجهت صعوبات في جميع المراجع القانونية المتخصصة في موضوع البحث مع أن الوقف موضوع تناولته العديد من الكتب ومجلدات قديما وحديثا، إلا أن أغلب المراجع كانت فقهية متخصصة في العلوم الإسلامية، وإن تعددت المواقع الإلكترونية التي جعلت من الأوقاف موضوعا رئيسيا لمنتدياتها إلا أن المحصل منها مقالات وسطور قليلة من المؤتمرات والندوات الاقتصادية تناولت عموميات الوقف من خلال تعريفه وشروطه، ودوره في حياة الفرد والمجتمع.

وللإحاطة بجوانب هذا الموضوع نحاول الإجابة بالوصف والتحليل على الإشكالية التالية:

هل التصرفات الواردة على محل الملك الوقفي كافية للنهوض باستثمار حقيق للوقف؟ أم هناك استثناءات على هذه التصرفات؟ ما هو المحل الوقفي الوارد على عقار؟

الفصل الأول

ماهية محل الوقف الوارد على عقار

الفصل الأول: ماهية محل الوقف الوارد على عقار.

من خلال هذا الفصل سوف نتطرق إلى محل الوقف الوارد على عقار، وهذا من خلال التطرق إلى مفهوم الوقف، وتعريفه لغة واصطلاحا،

بالإضافة إلى الوقوف على أنواعها؛ وقف عام وكذا خاص، مع تحديد لمفهوم محل الوقف الوارد على عقار وتعريفه وتبيان دوره وشروطه التي يجب أن تتوفر فيه من حيث المشروعية وكذا التعيين والوجود.

وهذا وفق التقسيم التالي ضمن مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الوقف.

المبحث الثاني: مفهوم محل الوقف الوارد على عقار.

المبحث الأول: مفهوم الوقف.

إن الوقف من الأملاك التي هي على وجه التأبيد موقوفة على سبيل الخير لوجه الله، ومن خلال هذا المبحث سوف يتم التعرف على الوقف بصورة واضحة، وكذلك أنواعه وهذا من خلال التقسيم وفق مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: تعريف الوقف.

المطلب الثاني: أنواع الوقف.

المطلب الأول: تعريف الوقف.

الفرع الأول: <u>لغة:</u>

الوقف مصدر وَقَفَ من باب وعدت اعطى وعد ... يطلق على المصدر هو الإعطاء، وكذا يتضح أن الوقف الحبس وهما لفظان مترادفان يعبر بهما فقهاء اللغة عن مدلول واحد.

الحبس والمنع نحو وقفت الدار حبسا أي حبستها في سبيل الله، والجمع أوقاف،

الحبس في الدابة منعها من السير وحبسها وفي الدار منعها، وحبسها أن يتصرف فيها من غير الوجه الذي وقفت له، وقد اشتهر إطلاق كلمة الوقف على اسم المفعول وهو الموقوف.[1]

أما كلمة أوقفت فهي تفيد معنى أقلعت عن الأمر الذي كنت فيه، ولا يمكن استعمال هذه الكلمة في حبس المال كقول قائل أوقفت الدار أو أوقفت المزرعة. لأن كلمة أوقفت لغة ثقيلة التعبير وهناك بعض الفقهاء الذين يضيفون كلمة "التسبيل" على أنها من الألفاظ الصريحة.

مثال ذلك قولهم سبلت هذا المنزل للفقراء للانتفاع به بمعنى جعلت لهم سبيلا أي طريقا لانتفاعهم بالمنزل.

[1] أحمد علي الخطيب، الوقف والوصايا، ط2، مطبعة جامعة بغداد: 1978 ص43.

الفرع الثاني: اصطلاحا:

هو حبس العين عن أن تكون مملوكة لأحد من الناس وجعلها على حكم ملك الله تعالى. والتصرف بريعها على جهة من جهات الخير في الحال والمآل.

عرفه الإمام أبو حنيفة هو: "حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال والمآل" ويفهم من هذا التعريف بأن الشيء الموقوف يبقى في ملك الواقف، وله حق التصرف فيه بكل أنواع التصرفات من بيع وهبة... إلخ، وفي حالة ما إذا تراجع الواقف عن وقفه يحق للورثة إرث هذا الوقف بعد موته.

-أما الشافعية: فقد عرفوا الوقف على أنه " حبس مال يمكن الانتفاع به من بقاء عينه بقدر التصرف عن رقيته على مصرف مباح موجود".

أما الحنابلة: فهم ذهبوا لتعريف الوقف هي أنه" تحبيس الأصل وتسيل المنفعة".

وأخذ الحنابلة هذا التعريف من قول الرسول صلى الله عليه وسلم "حبس الأصل وسيل المنفعة".

وأما عن الإمام مالك وأصحابه فإن الوقف يبقى على ملك الواقف وإلا أن الواقف لا يحق له التصرف فيه بالتصرفات الناقلة للملكية، كما لا يحق له الرجوع عن وقفه متى أراد ذلك[1] .

-الوقف في القانون الجزائري: عرفته المادة 213 من قانون الأسرة: " الوقف هو حبس المال عن التمليك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق".

[1] وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1، ج1،1993،ص153 .

أما القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري فعرفت المادة31:" الأملاك الوقفية هي الأملاك التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا، أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يمنعهم المالك المذكور"[1].

المطلب الثاني: أنواع الوقف.

سنتناول في هذا المطلب أنواع الوقف في الشريعة الإسلامية في القانون الجزائري.

وقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، فرع أول: وقف عام وفرع ثاني: وقف خاص.

الفرع الأول: الوقف العام.

هو ما حبس على جهات خيرية من وقف ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات.

-عرفه الأستاذ زهيدي يكن على انه: " ما صرف فيه الريع من أول الأمر إلى جهة خيرية ".

-وعرفته الاستاد وهبة الزحيلي حين صرح بخصوصه أن " فالوقف الخيري هو الذي يقف في أول الأمر على جهة خيرية ولمدة معينة يكون بعدها وقفا على شخص أو مجموعة أشخاص معينيين". كأن يوقف أرض على مدرسة أو مسجد ثم بعد ذلك على نفسه وأولاده.

-أما الدكتور ناصر الدين سعيودي فيعرف الوقف على انه: "ما حبسه على جهات خيرية من وقت إنشائه ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات".

ويتضح أن جميع التعاريف تصب في فكرة خيرية رغم اختلاف المعايير التي اعتمدها كل فقيه، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال 6 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف. فالوقف عند إنشائه قد يكون عاما [2].

[1] المادة213، قانون الأسرة، المعدل والمتمم.بالأمر05_02

[2] وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص161.

فالوقف العام اذن هو التصرف الوارد على المال الذي يوقفه مالكه على جهات خيرية في الحال أو المآل.

الفرع الثاني: الوقف الخاص.

تناول العديد من الفقهاء الوقف الخاص بعدة تعريفات.

الدكتور- ناصر الدين سعيدوي يعرفه بانه: " هو ما يحتفظ به المحبس أو عقبه بحق الانتفاع به. بحيث لا تصرف على الغرض الذي حبس من أجله أساسا إلا بعد انقراض العقب حسب ما هو منصوص عليه في وثيقة المحبس"[1].

الدكتور زهيدي يكن فينص على ان:" الوقف الأهلي هو ما جعل استحقاق الريع فيه أولا إلى الواقف ثم أولاده، ثم لجهة برد لا تنقطع حسب إرادة الواقف".

والاستاذ وهبة الزحيلي: " الوقف الذري أو الأهلي هو الذي يوقف ابتداء من الأمر على نفس الواقف أو أي شخص معين أو أشخاص معينين، ولو جعل آخره لجِهة خيرية كأن يقف على نفسه ثم على أولاده ثم بعدهم على جهة خيرية".[2]

- أما المشرع الجزائري: فلقد كان يعرف الوقف الخاص في القانون رقم 10/91 ضمن الفقرة الثانية من المادة 6 منه قبل التعديل بانه "ما يحبسه الواقف على عقبة من الذكور والاناث او على اشخاص معينين ثم يؤول الى الجهة التي يعينها الوقف بعد انقطاع الموقوف عليهم".

[1] ناصر الدين سعيدوي، مرجع سابق، ص78.
[2] وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، ص161.

المبحث الثاني: تعريف محل الوقف الوارد على عقار

لتحديد مفهوم محل الوقف فان ذلك يقضي تعريفه وابراز شروطه وكذا نوع محل الوقف الوارد على عقار .

وعلى هذا الاساس سنقسم هذا المبحث الى مطلبين .نتناول في المطلب الاول تعريف محل الوقف وانواع المال الموقوف الوارد على المحل الوقفي .وخصصت المطلب الثاني لشروط محل الوقف الوارد على عقار.

المطلب الأول: تعريف محل الوقف الوارد على عقار.

سنتناول تعريف محل الوقف وانواع المال الموقوف الوارد على محل الوقف.

الفرع الأول: معنى محل الوقف

محل الوقف هو الركن الثالث في عقد الوقف وفق ما هو منصوص عليه في المادة 9 من قانون الاوقاف رقم 10/91 المعدل والمتم .ومحل الوقف هو مال الموقوف أو العين المحبوسة التي ينص عليها الوقف ولا يصح ولا يتصور الوقف بدون محل.

ولقد بين المشرع الجزائري طبيعة محل الوقف من خلال نص المادة 11 من 10/91 بحيث صرح بأن العين الموقوفة قد تكون "عقارا أو منقولا أو منفعة".[1]

فأغلب الأوقاف تكون عموما ذات طبيعة عقارية وبصورة أقل وقف المنفعة، أما الوقف المنقول فهو نادر إلا إذا كان تابعا لعقار محبوس فهو يتبعه في الوقف.

فمحل الوقف هو المال الموجود المتقدم من عقار، أرض أو دار بالإجماع. أو منقول ككتب وثياب وحيوان لقوله صلى الله عليه و سلم : " وأما خالدا فإنكم تظلمون خالدا، فإنه احتبس أدرعه واعتمده في سبيل الله".

[1] المادة 11، قانون الأوقاف10/91، المؤرخ في 1991/01/27.

واتفقت الأمة على وقف الحصر والقناديل في المساجد .

الفرع الثاني: نوع محل الوقف.

لقد اختلف فقهاء المذاهب الشرعية حول نوع المال الموقوف، فنجد أن المالكية قد أجازوا الوقف بأنواعه سواء كان عقار أو منقول أو منفعة. لأنه جميعها تصلح أن تكون وقفا عندهم.

بينما الحنابلة والشافعية فجعلوا جواز الوقف حكرا على العقار والمنقول دون المنفعة.

خلاف للحنفية الذين اشترطوا أن يكون محل الوقف عقارا دون سواه، غير أنهم أجازوا وقف المنقول في ثلاث حالات هي:

- ان يكون المنقول تابع للعقار
- إذا ورد في المنقول نص شرعي يجيز وقفه صراحة.
- ما جرى العرف عند الناس في وقفه مثل المصاحف، أسلحة الجهاد.

ومن هذا يتبين أن المذاهب الشرعية أجمعت على جواز وقف العقار، مع اختلافها حول المنقول والمنفعة.[1]

أما موقف المشرع الجزائري بخصوص نوع محل الوقف، فإنه ضبط هذه المسألة ضمن قانون الاوقاف وهذا من خلال نص المادة 11.

تؤكد المادة 215 من قانون الأسرة التي تنص على: " يشترط في الواقف و الموقوف ما يشترط في الواهب و الموهوب طبقا للمادتين 204 و205 من هذا القانون وكذلك المادة 205 من نفس

[1] محمد طرفاني، قراءة قانونية في تنظيم الوقف في الجزائر، محاضرة ألقيت بمناسبة دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر، تحت الرعاية السامية للسيد رئيس الحكومة وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، 21 إلى 25 نوفمبر 1999، ص5.

القانون والتي ورد فيها: " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير ".

فهاتان المادتان تأكدان ما أقرته المادة 11 من قانون الأوقاف 91-10 و على هذا يمكن تحديد أنواع المال الذي يجوز محلا للوقف كما يلي:

أولا: العقارات:

هي تشمل كل شيء مستقر في حيزه وثابت فيه بحيث لا يمكن نقله من دون تلف، وقد يظاف إليه ما خصص من أموال منقولة لخدمة العقار أو استغلاله كالآلات والمفروشات وغيرها، فوفقا للمادة 11 من قانون الأوقاف والمادة 205 من قانون الأسرة تكون العقارات أول ما يصلح محلا للوقف، فالمشرع الجزائري كان مسايرا لما اتفق عليه فقهاء الشريعة في هذه المسألة.[1]

ثانيا: المنقولات:

وفقا لنص المادة 683 من القانون المدني فإن المنقولات تشمل كل ما يمكن نقله من مكان إلى آخر دون إحداث أي تلف. فهي تصلح محلا للوقف هذا وقف المادة 11 من قانون الأوقاف والمادة 205 من قانون الأسرة، علما أن المشرع الجزائري لم يدرج المنقولات كمحل للوقف في القوانين المنظمة للوقف السابقة على قانون الأوقاف.

[1] رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي في إطار القانون الموضعي، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، تخص قانون قسم العلوم القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، 2015، ص102.

ولقد ساوى المشرع الجزائري في حكم الوقف بين العقار والمنقول. وهو الرأي الذي يطابق موقف جمهور الفقهاء من هذه المسألة والذي هو الجواز، سواء كان منقولا مستقلا أو كان تابعا لغيره من الاموال. ليزيل المشرع الجزائري كل لبس يشوب مسألة الجواز من عدمه.[1]

كما تجدر الإشارة الى أن المنقول لا يشمل فقط ما كان ماديا كالكتب والأدوات. بل يشمل أيضا المنقولات المعنوية كالاسم التجاري و أفكار المؤلفين وبراءة الاختراع، وهي أموال لم تكن معروفة عند نشوء التصرف الوقفي وتطوره غير انها مما يمكن أن تصلح محلا للوقف في وقتنا الحالي.[2]

غير أن ما يثيره العديد من الباحثين في هذا الشأن ان إجازة الوقف المنقول يتعارض مع شرط التأبيد الذي يشترطه المشرع الجزائري على الاقل من الناحية الصورية لطبيعة المنقول واثاره عنصر التأبيد المنصوص المسلم لها قانونا .

علما أن المنقول لا يحقق في الوقف صفة التأبيد، إذ أن المنقول يكون دائما عرضة للتلف عكس العقار الذي يحقق صفة التأبيد للوقف، إلا أنه يمكن اعتبار أن المشرع الجزائري قد يقصد بالتأبيد منه التأبيد في كل عين بما يناسبها.[3]

ثالثا: المنافع:

المشرع الجزائري جعل الوقف ينصب على العقار والمنقول. وكذلك على المنفعة التي تجاهلها أغلب الفقهاء، وأجازها مذهب مالك وأصحابه.

[1] صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأسلاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العقاري، قسم العلوم القانونية كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010، ص76.
[2] قنفود رمضان، المرجع السابق، ص 102.
[3] المادة 10، قانون الأوقاف91-10.

ليتبنى المشرع الجزائري هذا الرأي المالكية في مسألة وقف المنفعة، وهي أن يقف شخص حقه في منفعة شيء لصالح مسجد أو أي جهة من جهات البر، فحسب رأي المشرع الجزائري فإن الوقف يرد على ذات الشيء أو منفعته، كأن يكون متأجرا لأرض فيقف عينها ومنفعتها كاملة على جهة بر معية.

غير أن مسألة المنفعة تتعارض مع شروط صحة الوقف التي تشترط في الواقف أن يكون مالكا للعين الموقوفة حسب المادة 10 من قانون الأوقاف.[1]

فلا يصح الوقف في قانون الأوقاف إلا إذا كانت ملكية الواقف للشيء الموقوف ملكية تامة، أو كما عبر عنها المشرع الجزائري بالملكية المطلقة، وهو الأمر الذي لا يجيزه جمهور الفقهاء مالم تقترن المنفعة بالرقبة في يد الواقف، وهذا تناقض حتى في قانون الأوقاف.

المطلب الثاني: شروط محل الوقف الوارد على عقار.

محل الوقف شأنه شأن باقي محلات العقود، يلزم فيه توافر شروط وعملا به وحتى يصبح المال صالحا لان يكون وقفا اشترط المشرع الجزائري جملة من الشروط أوردها نص المادة 11 من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف بحيث سنتناول في:

- الفرع الأول: مشروعية محل الوقف.
- الفرع الثاني: أن يكون محل الوقف معلوما محددا معينا تعينا نافي للجهالة.
- الفرع الثالث: ملكية الواقف للمال الموقوف.

[1] زردوم صورية ،المرجع السابق،ص77

الفرع الأول: مشروعية محل الوقف:

جاء في المادة 11/ف2 من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف في مايلي: "... ويجب أن يكون محل الوقف ...ومشروعا "، حيث اشترط المشرع الجزائري وبصريح الصياغة لصحة الوقف أن يكون محله مشروعا.

فإذا كان محل الوقف مما لا يصح التعامل فيه مثل الأموال المسروقة والأشياء غير المرخصة أي ممنوعة شرعا وقانونا، فإن العقد لا ينعقد ويترتب عليه البطلان المطلق.[1]

فالعبرة في مسألة مشروعية محل الوقف هي فيما أقره الشرع، إذ أن هناك بعض الأشياء يجيزها القانون الوضعي في حين أن الشرع حرمها، مثل: الفوائد الربوية وذلك كله تأسيسا على الفقرة الثانية من نص المادة 11التي يشترط فيها المشرع مشروعية المحل عملا بمبدأ قانوني قار وهو"الخاص يقيد العام".

إذ لا يجوز في أي حال من الأحوال أن تكون محلا للوقف، لأن طابعه الديني والشرعي يحول دون ذلك وهذا وفقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا للقانون.[2]

بالرجوع إلى القواعد العامة، فقد اشترط القانون لصحة الوقف مشروعية سبب التعاقد استنادا إلى نص المادة 97 من القانون المدني المعدل والمتمم.

كما تجدر الإشارة إلى أن جانبا من الفقه قد درج على استعمال عبارة " كون المال متقوما " وهذا دلالة على مشروعية محل الوقف شرعا .

[1] المادة 11، قانون91-10 المتعلق بالأوقاف، المرجع السابق.
[2] صورية زردوم بن عمار، المرجع السابق ص72.

وعليه فاشتراط مشروعية محل الوقف هو مسألة دقيقة ويتعين على المشرع أن يوليها مزيدا من الاهتمام بأن يحيطها بنصوص قانونية تفصيلية بما يتوافق مع الشرع الحنيف .

الفرع الثاني: أن يكون محل الوقف معلوما محددا معينا تعيينه نافي للجهالة:

المشرع الجزائري اشترط لصحة الوقف أن يكون الموقوف غير مجهول وهذا منعا لأي نزاع، ومعينا تعينا نافيا للجهالة، وأكد على هذا المشرع الجزائري في قانون الأسرة. حيث اشترط في المادة 216 منه على ضرورة: "أن يكون المال المحبس معينا خاليا من أي نزاع". ويقصد بالعام كل الصفات والتعيينات التي تجعل الوقف معينا تعيينا يمنع الجهالة فيه.

حيث أكد على هذا المشرع الجزائري بطريقة ضمنية في نص المادة 10 من قانون 91-10 المتعلق بأوقاف اين نص على انه : "يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيح مما يأتي: أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا".[1]

أما التعيين فهو يختلف باختلاف محل الوقف، كأن يكون شيئا معينا بالذات مثل قول الواقف: أوقفت الدار أو الأرض الواقعة في مكان معين و يسميه.

ففي مثل هذا النوع من الوقف يجب تعيين حدود الأرض والمساحة أو الدار، وكل ما يتطلب من بيانات كافية لتعيين العقار. أما إذا كان محل الوقف شيئا مثليا ففي هذه الحالة، يجب تحديد النوع ودرجة الجودة والمقدار.

علما أنه لو وقف أرضا المالك برقمها العقاري، صح وقفه لأن رقم العقار اليوم يقوم مقام الحدود فيكون بذلك شرط التحديد قد تحقق وإذا لم تكن كذلك، فلابد له من تحديد معالمها وحدودها

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 185.

وإلا بطل الوقف. حتى ولو عين الواقف الموقوف بعد الوقف باعتبار أن الوقف قد نشأ غير صحيح في بدايته.

ونفس الحكم يسري في حال ما إذا وقف الواقف مالا معينا ومعلوما ثم استثنى منه قدرا مجهول، ذلك أنه لا يصح وقف المجهول لأن الجهالة تقضي إلى النزاع.

الفرع الثالث: ملكية الواقف للمال الموقوف:

لا بد أن يكون الواقف مالكا للمال محل تصرف الوقف وهذا ما تنص عليه المادتين 10و11 من قانون الأوقاف 91-10. والمادة 216 من قانون الأسرة وتثبت ملكية الوقف في المال الموقوف بسندات الملكية.

فعلى الموثقين المكلفين بتحرير العقد الرسمي للوقف التأكد منها وفق الإجراءات الخاصة لطبيعة كل مال سواء كان عقارا أو منقول أو منفعة.

إن فكرة الملكية المطلقة للعين الموقوفة وفقا للمادة 10 من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف تستوجب أن يكون المال الوقفي خاليا من أي نزاع قد يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات والتصرفات لعدم ثبات المراكز القانونية للأشخاص.[1]

ومن الصور التي تخرج عن هذه القاعدة ولا يصح فيها الوقف قانونا نذكر ما يلي :

- في عقد الهبة: إذا وقف الموهوب له المال الموهوب وقفه غير صحيح لأن الملكية في عقد الهبة لا تكون إلا بعد قبض المال الموهوب.

[1] رمضان قنفود، نرجع سابق ،ص110_111

- في الوصية: إذا أوصى شخص بعقار معين فوقفه الموصي له قبل موت الموصي، فهذا لا يصح لأن الملك في الوصية لا يثبت إلا بعد وفاة الموصى له.[1]
- الشفعة: إذا استحق العقار الموقوف بالشفعة وقضى للشفيع بها، فإن الوقف يبطل لأن المشتري وإن ثيق له الملك إلا أنه ليس ملكا باتا لتعلق حق الشفعة به.

إن الاجتهاد القضائي قد استقر على تكريس جملة من الاحكام التي ذهب إليها قانون الأسرة و قانون الأوقاف في هذا الخصوص من خلال قرار المحكمة العليا: " من المقرر قانونا أنه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا ".

وحيث أنه لما كان الثابت في قضية الحال " أن المحبس الأصلي كان قد باع القطعة الأرضية محل الحبس فإن القضاء بعدم شرعية عقد الحبس يعد تطبيقا صحيحا للقانون ".[2]

[1] المادة 184، قانون الأسرة.

[2] محمد عيسى، فقه الوقف وإدارته في الإسلام، محاضرة ألقيت بمناسبة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر. تحت الرعاية السامية للسيد رئيس الحكومة، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف 21إلى25 نوفمبر 1990، ص17.

الفصل الثاني

قيود التصرفات الواردة على محل

الوقف الوارد على عقار

الفصل الثاني: قيود التصرفات الواردة على محل الوقف الوارد على عقار:

إن الوجود القانوني للوقف يرتب آثار قانونية أساسية ومترابطة في نفس الوقت.

إذ لا يجوز التصرف في أصل الملك المنتفع به وقفا بأي صفة من صفات التصرف سواء بيعا أو هبة أو بطريق التنازل فأي تصرف في الملك الوقفي يكون باطلا بطلانا مطلقا وغير منتج لأي اثر مدعى وأيا كان الاساس المزعوم .

ولذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى التصرفات الواردة على محل التصرف الوقفي الوارد على عقار وكذلك إلى الاستثناءات الواردة عليه من خلال مبحثين:

المبحث الأول: التصرفات القانونية الواردة على محل في التصرف الوقفي الوارد على عقار.

المبحث الثاني استثناءات التصرفات الواردة على المحل في التصرف الوقفي الوارد على العقار

المبحث الأول: التصرفات القانونية الواردة على محل في التصرف الوقفي الوارد على عقار

ان مصلحة الوقف في حقيقة الامر تقضي الي المحافظة عليها وحمايته من ما يؤدي الي تلاعب فيه وانهائه و هذا لا يأتي الا بمنع التصرف في اصل الملك الوقفي لم يجز بيعه ولا تمليكه ولا قسمته كما ان التغير في اصل العين الموقوفة اما بإحداث زيادةأو بناءا أو غرسا تعتبر تصرف في الوقف لانها تؤدي دعوى التمليك.

وعليه تم تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب

المطلب الاول منع التصرف في أصل الملك الوقفي المطلب الثاني تغير في الوقف يلحق العين الموقوفة المطلب الثالث التصرف في اصل ملك في الاستبدال

المطلب الأول: منع التصرف في أصل الملك الواقف في عقار:

تقتضي فكرة عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي: أن الوقف متى نشأ مستكملا لشروطه.

تثبتت له الشخصية المعنوية التي تجعله مستقلا عن مستحقيه ويتقطع حق الواقف والموقوف عليه في رقابة العين الموقوفة. فلا يمكن لأي منهما أن يتصرف بما ينقض الوقف.

غيرأن الفقه اختلف في مسألة عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي إلا أن الجمهور منهم أجمع على عدم جوازه،

أما المشرع الجزائري فقد نص صراحة في المادة 23 من قانون الأوقاف على عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي بأي صفة كانت ولهذا المبدأ مبررات نتناولها في الفرع الأول،

كما أن مخالفته ترتب جزاء يتمثل في البطلان وهو نتناوله في الفرع الثاني.[1]

الفرع الأول: مبررات عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي لعقار.

لهذه القاعدة منع التصرف في أصل الملك الوقفي مبررات منطقية، تتمثل في زوال ملكية العين الموقوفة، وعدم انتقالها الى الموقوف عليهم، وكذلك فإن التصرف في العين الموقوفة يتناقض مع مبدأ لزوم الوقف وتأبيده المنصوص عليه صراحة في القانون الجزائري.

- **أولا:** زوال ملكية العين الموقوفة عن المالك:

يرتبط التصرف في المال بحق الملكية، وبما أن ملكية الواقف لعين الواقف تزول بمجرد صحة الوقف، وهذا وفقا لنص المادة 17 من قانون الأوقاف.

وتنتقل الملكية إلى غير الواقف في حد ذاته؛ فالنتيجة الحتمية تؤول الى عدم جواز القيام بأي تصرف من شأنه الإضرار بالعين الموقوفة.[2]

- **ثانيا:** حصر السلطات الموقوف عليهم في حق الانتفاع.

حصرت المادة 18 من قانون الأوقاف رقم 91-10 حق الموقوف عليهم في الانتفاع دون التصرف. فالموقوف عليهم حق الانتفاع بما تنتجه العين الموقوفة مع استغلالها استغلال غير متلف لها.

إذ لا يجوز للموقوف عليهم التنازل عن حقهم في الانتفاع إلا لجهة من جهات الخير الموقوف عليها أصلا. وهذا بعد الحصول على موافقة صريحة من السلطات المختصة وهذا طبقا لنص المادة

[1] لعمارة سعاد، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، ص22.

[2] لعمارة سعاد، المرجع نفسه، ص 23.

21 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف و التي جاء في نصها : " يجوز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائنين في المنفعة فقط أو في الثمن الذي يعود إليه ".[1]

- **ثالثا:** لزوم الوقف

اللزوم: لغة: الثبات والدوام.

أما اصطلاحا: فعدم جواز الرجوع في الوقف، أو نقضه أو انتقاله بالإرث أو بأي تصرف قانوني آخر.[2]

1-لزوم الوقف في الفقه الإسلامي: الوقف عند أبي حنيفة تصرف غير لازم إلا في حالات استثنائية، وبالتالي يمكن للواقف أن يرجع فيه متى شاء، وله أن يتصرف فيه بكل أنواع التصرفات من بيع وهبة إلى غير ذلك.

أما عند جمهور الفقهاء، فالوقف إذا صح، صار لازما ولا يفسخ بإقالة أو غيرها، وينقطع تصرف الوقف فيه ولا يملك ارجاعه إليه.

2-لزوم الوقف في التشريع الجزائري: أخذ المشرع الجزائري، برأي جمهور الفقهاء فصرح بموجب قانون الأوقاف في المادة 16 منه في مسألة تدخل القاضي بإلغاء اشتراطات الواقف لأسباب منها:

إذا كان الاشتراط منافيا لمقتضى حكم الوقف وهو اللزوم، كما صرح في نص المادة 23 التي جاء فيها: " لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأي صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل عن غيرها ".

[1] مادة 18 قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف.
[2] قنفود رمضان، مرجع سابق، ص.

فالتصرف في العين الموقوفة لا يجوز حتى لو كان من الواقف نفسه.[1]

إلا أنه وبالنظر إلى صياغة المادة 16 من قانون الأوقاف 91-10 التي اعتمدت صيغة "يجوز" يمكن القول أن الصياغة غير باتة.

فرغم أن المادة أكدت أن مقتضى حكم الوقف هو اللزوم، إلا أنها جعلت إلغاء اشتراط الواقف المنافي للزوم يخضع للسلطة التقديرية للقاضي،

هذا الأخير يمكن له أن يلغي الشرط إقرارا لمبدأ اللزوم، كما يمكن له الإبقاء عليه، وبالتالي إجازة الرجوع إلى الواقف، وكذا التصرفات الأخرى المنصبة على أصل الوقف، والمنافية لمبدأ اللزوم في الوقف مما يقتضي إعادة النظر في صياغة نص المادة.[2]

- **رابعا:** التصرف في أصل الملك الوقفي ينافي مبدأ التأبيد:

معنى تأبيد الوقف: استمراره قائما إلى الأبد.

1-تأبيد الوقف في الفقه الإسلامي: يرى أكثر الفقهاء تأبيد الوقف ويعتبرونه داخلا في مقتضياته وجزءا من معناه، أما الإمام مالك فهو لا يشترط تأبيد في الوقف بل يجيزه مؤقتا، كما هو جاز مؤبدا.[3]

2-التأبيد في التشريع الجزائري: من خلال نص المادة 3 من قانون الأوقاف 91-10 التي عرفت الوقف حيث جعلت من التأبيد جزء من مفهوم الوقف وحقيقته،

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 7604

[2] إبراهيم بلبالي، قانون الأوقاف (دراسة تحليلية نقدية مقارنة بالفقه الإسلامي)، مذكرة لنيل درجة الماجيستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون ، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر،2005، ص 89.

[3] لعمارة سعاد، المرجع السابق، ص25.

فإذا أقت الواقف وقفه يكون قد ناقض حقيقة الوقف، فيكون وقفه باطلا وهو ما نصت عليه المادة 28 من نفس القانون: " يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن ".[1]

فالمشرع الجزائري لم يأخذ برأي المالكية الذي يجيز الوقف محدد المدة، بل أخذ برأي جمهور الفقهاء، باعتبار أن الوقف صدقة جارية، ولكي يكون كذلك فلا بد من تأبيده.

الفرع الثاني: جزاء التصرف في أصل الملك الوقفي.

الأصل في الوقف أنه لا يشترى ولا يباع، لأن صاحبه قام بحبس عينه حتى ينفق من منفعتها على جهة من جهات البر والإحسان،

فإذا بيع هنا يعتبر تعدي على حقوق الغير، وإذا تم التصرف في الوقف يؤدي إلى إنهاءه، وهذا يتنافى مع مبدأ لزوم الوقف وتأبيده الذي أقرها قانون الأوقاف91-10.

نصت المادة 23 من قانون الأوقاف على منع التصرف في أصل الملك الوقفي، سواء كان عن طريق البيع أو الهبة أو التنازل، بحيث أن هذه التصرفات تعتبر ممنوعة سواء كان المتصرف واقفا أو موقوفا عليه، أو متوليا عن الوقف.

فهذا التصرف يكون باطلا بطلان مطلقا ولا ينفذ في مواجهة الغير، هذا البطلان يخضع إلى أحكام القانون المدني، مع مراعاة نص المادة 25 من قانون 91-10.

اذ يمكن لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، ويجوز للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه ما لم يطلبه الخصوم.[2]

[1] ابراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص279.
[2] المادة 23، قانون الأوقاف، 91-10.

وتطبيقا لنص المادة 23 من قانون الأوقاف، فإن المحكمة العليا قد أقرت ببطلان التصرفات التي تجعل الوقف محل تملك، وذلك في عدة قرارات منها القرار 2004-05/26. [1] والذي جاء في منطوقه " تجوز قسمة الاستغلال و الانتفاع بين المستفيدين من عقد الحبس، ولا تجوز القسمة الناقلة للملكية". وأيضا القرار المؤرخ في 2017/02/10: "الأمر بقسمة الأملاك العقارية المحبسة خرق للقانون ".[2]

وهذا لم ينص القانون الجزائري صراحة على منع اكتساب الوقف في قانون الأوقاف بالتقادم ولكن يمكن استخلاص ذلك من المادة 03 في تعريف الوقف: " الوقف هو حبس العين عن التمليك على وجه التأبيد والتصدق".

فالوقف لا يمكن أن يكون محل الملكية لتميزه بصفة التأبيد، وبالتالي لا يمكن اكتسابه بالتقادم الذي لم يعد سبب لاكتساب الملكية.

أما القضاء الجزائري، فقد فرق بين الوقف العام والوقف الخاص في مسألة التقادم، وهذا ما جعل أحكامه متناقضة.

فجاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/07/16 منع التقادم المكسب في الوقف الخيري ، لاعتباره اخذا حكم العقارات التي تخضع للمنفعة العمومية واخضاع الحبس الأهلي إلى تقادم المكسب وهذا وفقا لنص المادة 828 من القانون المدني.[3]

كما تقر أيضا الحكم بمنع التقادم المكسب في الوقف الأهلي، كما جاء في قرار المحكمة العليا: المؤرخ في 2010/04/22. "

[1] القرار المؤرخ في 2004/05/26، رقم 299-271، الفرقة العقارية غ-م، نقلا عن: عمر حمادي باشا، عقود التبرعات، المرجع السابق ص7.
[2] قرار المؤرخ 2017/02/14، الملف رقم 937-393، م-م-ع العدد 02، 2007، ص 423.
[3] قرار مؤرخ في 1997/07/16، ملف رقم 310-157، م-ق، عدد01، 1997، ص343.

وحيث أن ما انتهوا إليه من كون العقار محبسا ولا يجوز تحرير عقدة الشهرة به قصد التملك في محله، يتفق والتطبيق السليم للقانون كما أنه مبين بما فيه الكفاية، مما يجعل وجه الخير غير سديد وهو مرفوض بدوره".

فالقضاء الجزائري أقر أن دعوى قبول الوقف لا تقبل إلا بمرور مدة التقادم المسقط، وهذا في القرار الصادر 2001/12/29، وأقر كذلك بأنه لا تقادم في الحبس، وهذا في القرار المؤرخ في 2009/02/11.[1]

كما أشار قانون الاوقاف إلى مسألة الحجز على العقار الموقوف، غير أنه يمكن القول بأن الحجز على العقار الموقوف، غير ممكن على الإطلاق، لأن الحجز يؤدي إلى نقل الملكية بصورة جبرية وإلى عملية بيع بالمزاد العلني، غير أن عملية منع الحجز يتعلق بالعين الموقوفة،

ولا يوجد ما يمنع الدائن نصيب المستحقين في الوقف في حالة ما إذا كان هذا الأخير مدينا، لأن الوقف مهدد في هذه الحالة فينصب الحجز على الغلة فقط دون الحجز على الوقف.[2]

[1] قرار المؤرخ 2001/12/29، ملف رقم21394، الفرقة العقارية، غ-م نقلا عن عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة. الوصية. الوقف)، مرجع سابق ص 231-232.

[2] لعمارة سعاد، المرجع السابق، ص28.

المطلب الثاني: التغيير في الوقف يلحق العين الموقوفة

الزيادة أو التغيير في العين الموقوفة بإحداث أعيان زائدة بناء كان أو غرسا، يعتبر تصرفا في الوقف، لأنه قد تؤدي إلى ادعاء حق الوقف يجعله محل ملكية أو دعوى تمليك تكون نتيجتها إنهاء الوقف وانقضائه[1]، لهذا أقر الفقهاء والمشرع الجزائري باعتباره التغيير في الوقف تصرفا ينبغي بطلانه، ومن خلال هذا المطلب ينبغي علينا التعرف على التغيير باعتباره تصرفا في الوقف وشروط التغيير في (الفرع الأول)، ثم كنتيجة التعرف على آثاره على العين الموقوفة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف وشروط التغيير باعتباره تصرفا في الوقف

أولا: تعريف التغيير

هو التغيير الذي يحدثه الواقف في شروط المستحقين للوقف، فيدخل التغيير ضمن ما يمسى بالشروط العشرة تحت عنوان التغيير والتبديل فيشمل كل تعديل في شروط الوقف من إدخال وإخراج في المستحقين زيادة أو نقص أو تخصيص أو تفصيل.

إلا أن التغيير الذي يعتبر تصرفا في الوقف هو كل تغيير يحدث في العين الموقوفة غرسا كان أو بناءا، حيث نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 25 من قانون ل10/9 المتعلق بالأوقاف، فالعبرة بالتغيير الذي يمس بأصل الملك الوقفي، مما قد يجعله محل دعوى تمليك وما ينتج م إنهاء الوقف وانقضاء غرضه الذي أنشئ من أجله[2]، فقانون الأوقاف لم يصرح بأن التغيير يعتبر تصرفا في الوقف من خلال نص المادة السابقة إلا أن القضاء الجزائري يتولى ذلك في قضايا منها:

[1]– قنفود رمضان، المرجع السابق، ص228.

[2]– الشروط العشرة هي: الزيادة والنقصان، الإدخال والإخراج، الإعطاء والحرمان، الإبدال والاستبدال، التغيير والتبديل.

القرار الصادر بتاريخ: 1981/11/25، أين أقرت المحكمة العليا بأن إحداث الغرس والبناء في العين، يعتبر تصرفا في الوقف، ويسمى بمقتضيات عقد الحبس وأعيب على قضاة الموضوع عدم اعتبار التغيير في الوقف تصرفا، مما أدى إلى نقض قرارهم باعتباره ناقض عقد الحبس وإدارة المجلس[1].

ثانيا: شروط التغيير باعتباره تصرفا في الوقف

لكي يعتبر التغير في المال الموقوف ينبغي بطلانه، ينبغي أن يقام بناء أو غرس أو كليهما على الوقف بنية التملك، وأن تنعدم الصفة فيمن أقام هذه المنشآت.

1- البناء والغرس في الوقف بنية التملك: حصرت المادة 25 من قانون ل9-10 كل تغيير يحدث في الدين الموقوفة في البناء والغرس، فلا يعتبر من قبيل التغيير الذي ينبغي بطلانه، أعمال الحفظ والصيانة كالترميم والطلاء وتقوية الأساسات واستطلاع الأراضي، لأنها لا تؤثر في أصل الوقف بل ترتبط باستغلال العين الموقوفة واستعمالها وهذا ما قد يجعلها ضرورية إذا ما احتاج إليها الوقف[2] وكذلك الخيام الصغيرة والأكشاك المقامة، لأن إزالتها لا تحدث ضررا بالعين الموقوفة.

ولكي يعتبر البناء والفرس تصرفا في الوقف يجب أن يكون متبوعا بنية التملك وفق نص المادة 25 من قانون الأوقاف سالفة الذكر، فإذا أقامها الشخص بنية التبرع للوقف، فلا يعتبر تصرفا فيه[3].

2- انعدام الصفة فيمن أقام البناء والغرس: من خلال نص المادة 25 من قانون ل9-10 نجد أنه جاد مجملا في ألفاظه، فلم يتطرق إلى الشخص محدث التغيير وصفته، بل ألحق التغيير بالعين الموقوفة وأعطى للمغير في الوقف الحق في طلب التعويض، وهذا ما أقرته كذلك المحكمة العليا في

[1]- القرار المؤرخ في 25-11-1998، ملف رقم 183643، م. ق، العدد-01- 1949، ص89.

[2]- موسى سالمي، مرجع سابق، ص57.

[3]- لعمارة سعاد، مرجع سابق، ص32.

القرار الصادر 1999/09/29 الذي ينص على: "تلحق العناية المشيدة على أرض محبسة بجوهر المال ... المجلس ويستمر الحبس قانونا مهما كان مشيد البناية"[1].

فالمغير في الوقف يمكن أن يكون الناظر الذي يعتبر المسير المباشر للوقف، أو من يقوم مقامه، فإذا أقام بالبناء أو الغرس في الوقف لصالح هذا الأخير أو لصالحه الشخصي فإنه في الحالتين يكون ملكا للوقف، مع اعتبار أن الناظر متعديا في الحالة الثانية، مما يستوجب عزله أو إعفاءه طبقا للمادة 21 من المرسوم رقم 381.98[2] وكذلك إذا قام الواقف بالبناء في الوقف ثم ادعى ملكيته لما بناه، فإن ذلك يعد رجوعا وإبطالا له.

بالنظر إلى عقد الوقف نجده لا ينتقل ملكية المال الموقوف إلى الموقوف عليهم بل ينتقل لهم حق الانتفاع فقط، وحق الانتفاع بالوقف ينصب فقط على الغلة ويكون بالطريق الذي رسمه الواقف في عقد الوقف، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/05/18 حيث أقرت أن الموقوف عليهم حق الانتفاع فقط ولا يجوز لهم التصرف في العين الموقوفة بأن تصرف بأقل الملكية بالبيع أو الهبة وغيرها[3].

كما قد يكون القائم بالتغيير من الغير، ويشمل الغير الذي تربطه علاقة قانونية بالواقف أو الغير الأجنبي الذي لا تربطه أي علاقة بالوقف.

أما الذي تربطه علاقة كالمستأجر والمحتكر، فإنه إذا قام أحدها بالبناء أو الغرس في الأرض الموقوفة المتعاقد عليها، وهذا بموجب موافقة صريحة من السلطة المتعاقد معها أو بموجب العقد نفسه، فإن

---

[1]– القرار مؤرخ في 1999/9/29، ملف رقم 188432، الغرفة العقارية، غ، م، نقلا عن: لعمارة سعاد مرجع سابق ص32.

[2]– مرسوم تنفيذي رقم 98–381 مؤرخ في 01 ديسمبر سنة 1998، يحدد شروط وإدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك .جريدة الرسمية عدد 90 صادر في 02 ديسمبر سنة 1998.

[3]– قرار مؤرخ في 2005/05/18، ملف رقم 290875، م. م .ع، العدد 2005.02، ص331.

البناء أو الغرس يلحق بالعين الموقوفة ولا يملك الباني حق التملك لما أقامه وفق لنص المادة 25 من قانون الأوقاف، وإذا قام المستأجر بالبناء دون موافقة الناظر أو من يقوم مقامه فإن تصرفه لا يكون له أي أثر ويعتبر متعديا.

أما بالنسبة للغير الأجنبي الذي ليس له علاقة بالوقف، فهو يعتبر ا وتطبق عليه أحكام جزائية عن التغيرات التي أحدثهما في الوقف باعتباره لا يملك أي صفة من أجل القيام بأي تغيير وقد يمس بأحكام الوقف، وذلك طبقا لنص المادة 35 من قانون الأوقاف[1].

الفرع الثاني: آثار التغيير في الوقف

لا يؤثر التغيير في الوقف، بالبناء واغرس فيه على الوجه فيبقى قائما شرقا مهما كان نوع التغيير حسب نص المادة 25 من قانون الأوقاف، فيعتبر التغيير باطلا أما البناء والغرس المقام فيمتلكه الوقف[2].

يكتسب الوقف كل تغيير يحدث في العين الموقوفة من بناء وغرس مهما كان الشخص المغير وأكد على ذلك المشرع الجزائري في قانون الأوقاف المعدل رقم 01-07 وذلك بموجب المادة 26 مكرر[3].

التي نظمت كيفية استثمار الأرض الموقوفة عن طريق عقد الحكر الذي يخول للمحتكر حق البناء أو الغرس في الأرض الموقوفة لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض وإيجاراسنويا يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء والغرس وتوريثه خلال مدة العقد، وكذا نص عليه نفس القانون بموجب المادة 26 مكرر5 من نفس القانون التي نظمت كيفية استثمار الأرض الموقوفة عن طريق عقد المرصد الذي يسمح للمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، فيرتبط حق

[1]- موسى سالمي، مرجع سابق، ص61.

[2]- قنفود رمضان، مرجع سابق ص

[3]- قانون رقم 01-07 مؤرخ في 22 مايو سنة 2001، يعدل ويتمم القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 المتعلق بالأوقاف ج. ر، عدد -29- صادر في 23 مايو سنة 2001.

صاحب المرصد باستغلال إيرادات البناء دون أن يتعدى على حقها في تملك البناء الذي يكون ملكا للوقف وفق المادة 25.

المشرع الجزائري لم ينظر طريقة تسوية الحالات المخالفة لنص م 25 واكتفى بالقول أنها تسوى بالتراضي مع لاستثناء ما جاء به المنشور الوزاري المشترك المؤرخ في 1992/01/06 الذي يتعلق بتطبيق المادة 38 من قانون الأوقاف حيث نظم عملية استرجاع الأملاك الوقفية المؤممة وكيفية التعويض عليها وإجراءات ذلك بالنشور فرق بين نوعي التوقف العام والخاص، فالوقف العام الأراضي تعود إلى المؤسسات التي كانت تشرف عليها قبل تطبيق قانون الوقف الثورة الزراعية، أما الأراضي الوقف الخاص، فتعود إلى الموقوف عليهم وتبقى تحت تصرفهم وإجراءات الاسترجاع في الوقف تمثل الجهة الموقوف عليها أو السلطة الوصية المكلفة بالأوقاف طبقا لنص المادة 40 من قانون الأوقاف[1].

المطلب الثالث: التصرف في أصل الملك الوقفي بالاستبدال

الأصل أن المال الوقفي غير قابل للتصرف فيه نظرا للزوم الوقف فهو مؤبد لا يجوز الرجوع فيه، وبالنظر إلى الأعيان الموقوفة ولتفادي جهودها الذي يعطلها فيضجع الغرض منها، أجاز الفقه والقانون صورة استثنائية للتصرف في المال الوقفي تعرف بالاستبدال وهو ما سنعالجه في هذا المطلب[2].

[1]– لعمارة سعاد، مرجع سابق، ص35.

[2]– قنفود رمضان، مرجع سابق، ص249.

الفرع الأول: تعريف الاستبدال وحالات اعتباره تصرفا وقفيا

أولا: تعريف الاستبدال

عرف الفقهاء الاستبدال بعدة تعريفات منها أنه: "بيع عين موقوفة وشراء أخرى تحل محلها، وقد تكون من جنسها أولا تكون" إذ يفسر البعض الإبدال بالمقايضة والاستبدال بيع العين بالنقود وشراء عين أخرى بتلك النقود.

فاستبدال العين الموقوفة يقتضي بيعها أو مقايضتها، وإذ كان بعض الفقهاء يقصرون الاستبدال على البيع دون المقايضة لأنهم يرون عدم جدوى ذلك، وفي جميع الأحوال فإن الاستبدال يقتضي التصرف في أصل الوقف، فالعين الموقوفة لا يجوز التصرف فيها بالبيع والهبة وغيرها ... إلا أنه يجوز التصرف في الوقف استثناء في الاستبدال، ويقتصر على النفقات بعوض دون تلك التي تكون بدون عوض كالهبة لأن ذلك يعد إنهاء للوقف[1].

وقد يشترط الواقف الاستبدال لنفسه مع غيره، وقد يجمع هذا الحق في شخصه أو يشترطه كذلك لغيره، إلا أنه يجوز للواقف الانفراد بذلك دون أن تكون للانفراد ذلك لأن للواقف أن يشترط انضمام رأيه مع الآخر.

ثانيا: حالات الاستبدال

يجوز استبدال الوقف في حالات محددة، اختلف الفقهاء في تعدادها، كما أن المشرع الجزائري حصرها وفقا نص المادة 24 من القانون رقم: 91-10[2]

1- **حالات الاستبدال في الفقه الإسلامي:** الاستبدال عند الحنفية يختلف حسب وضعية العين الموقوفة إذا ما كانت خربة أو عامرة، فالوقف الذي خرب بحيث لا يمكن الانتفاع به كليا يجوز استبداله، أما الوقف العامر في الأرض فلا يجوز استبداله إلا في أربع حالات هي:

[1]- لعمارة سعاد، مرجع سابق، ص37.

[2]- المادة 24 قانون 91-10، المرجع السابق.

1- إذا شرط الواقف استبداله.

2- إذا غصبه غاصب، وأجرى عليه الماء، حتى صار بحرا، فيضمن القيمة، ويشتري المتولي بها أرضا بدلا.

3- أن يجحده الغاصب ولا بينة، وأراد دفع القيمة فالمتولي أخذها ليشتري بها بدلا.

4- أن يرغب إنسان فيه يبدل أكثر غلة أحسن مكانا فيجوز على قول أبي يوسف وعليه الفتوى أما عند لمالكيه فالاستبدال عنهم يجوز في حالة واحدة، أن يشتري منه بحسب الحاجة لتوسعة مسجد أو طريق، وكذا هو الأمر عند الحنابلة الذين يحصرون الاستبدال في حالة الضرورة في كون أن الوقف غير صالح للغرض الذي أنشأ لأجله.

2- حالات الاستبدال في قانون الأوقاف الجزائري: نص عليها قانون الأوقاف في المادة 24 منه التي جاءت على سبيل الحصر لا الاستثناء على أن تثبت بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة وهي الحالات التالية هي:

- حالة تعرضه للضياع أو الاندثار.

- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه.

- حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.

- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط بشرعية تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه[1].

الملاحظ من نص المادة أن الحالة الثانية المسماة حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه هي في العقار تكرار مع الحالة الأخيرة المسماة حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط، كما نص قانون الأوقاف على حالة أخرى خاصة يجوز فيها الاستبدال في غير

[1]- لعمارة سعاد، مرجع سابق، ص47.

هذه المادة ما نصت عليه المادة 38 في فقرتها الثانية: "وما قوت منها باستحالة استرجاع العين الموقوفة وجب تعويضها وفقا لإجراءات المعمول بها" والحالة هذه في الأوقاف التي أممت في إطار أحكام الأمر رقم 71-73 المتضمن الثورة الزراعية[1].

الفرع الثاني: شروط الاستبدال

انقسم الفقه في مسألة الاستبدال إلى فريقين: مؤيد ومعارض، وكل فريق كان يبحث إلى تحقيق المصالح والمنافع الموجودة في الوقف فتعلقت شروط الاستبدال بالعين الموقوفة، كما تعلقت بالشخص القائم بعملية الاستبدال وكذلك بالبديل.

أولا: الشروط المتعلقة بالعين الموقوفة

تختلف حسب نوع العين الموقوفة فإذا كانت العين مسجدا أجمع الفقهاء على عدم بيعه أو استبداله فعند الحنفية قالوا: لا تسلخ عن المسجد صفة المسجدية ولو استغنى عنه، بينما أجاز الحنابلة استبداله بشرط توفر المصلحة[2].

يرى الفقهاء أن استبدال الوقف لا بد أن ينضبط بالمصلحة العائدة على العين الموقوفة والموقوف عليهم إذ تكمن المصلحة في استمرارية الوقف على الصرف على أوجه ... والخير، لذلك وجب القيام بالمصلحة التي تستدعي استبدال الوقت فالمشرع الجزائري في نص المادة 24 من قانون 91-10 اشترط أن يكون الوقف تعرض للضياع والاندثار أو فقدت منفعة ولم يتمكن من إصلاحه، على أن تحديد الحالات التي يتم فيها الاستبدال وإثباتها يكون بموجب قرار من السلطة الوصية، بعد إجراء المعاينة والخبرة[3].

[1]- مادة 38، قانون 19-10، المرجع سابق.

[2]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 73-76.

[3]- لعمارة سعاد، مرجع سابق، ص42.

ثانيا: الشروط المتعلقة بعملية الاستبدال

بالنسبة للمشرع الجزائري فإن متولي الوقف هو ناظر الوقف حسب نص المادة 33 من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف، حيث يشترط في الناظر عند قيامه بعملية الاستبدال أن لا يبيع العين الموقوفة لمن لا تقبل شهادتهم له من الأصول والفروع لأن في ذاك شبهة، ولا لمن عليه دين الناظر لأنه قد يعجز عن الوفاء بالثمن فيضيع الوقف، كما لا يجوز له بيع الوقف لنفسه، حفاظا على الوقف وعدم تعريضه للضياع، كما لا يجوز له بيع الموقوف يثمن مؤجل مما يؤدي إلى ضياع الوقف[1].

كما اشترط الفقهاء أيضا عدم توزيع ثمن الوقف على المستحقين خوفا من ضياع الوقف قبل شراءه البدل كما يجب وضع المال المتحصل عليه من بيع المال الموقوف لدى الصندوق المركزي للأوقاف، الذي أنشأته وزارة الشؤون الدينية، بقرار مشترك مع وزير المالية[2].

ثالثا: الشروط المتعلقة بالبدل

يشترط أن لا يكون البيع بغبن فاحش، لأن البيع بغبن فاحش ظلم وتبرع بجزء من عين الوقف، فالغبن هو عدم التعادل المادي للاداءات، فهو عيب في محل العقد، لا في الإرادة فمعيار الغبن إذا هو معيار مادي.

نص المشرع الجزائري الغبن في نص المادة 358،قانون المدني "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل"، فإذا كان الاستبدال عن طريق البيع بثمن نقدي وشراء وقف آخر، يكون وفقا على ما كان عليه الأول، أما إذا كان بالمقايضة، فإذا المال البديل ينبغي أن يكون متلائما مع المال الموقوف أصلا، وإلا أعتبر فاحشا[3].

[1]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص76.

[2]- موسى سالمي، مرجع سابق، ص42.

[3]- مادة 358، قانون مدني جزائري.

الفرع الثالث: إجراءات الاستبدال

لم ينظر المشرع الجزائري إجراءات الاستبدال غير أنه من البديهي أن أول إجراء ينبغي تحقيقه هو إثبات الملك الوقفي وبعده يتم بيع الملك الوقفي، أو مقايضة، ثم حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة[1].

أولا: إثبات الملك الوقفي

يظهر إثبات الملك الوقفي في استرجاع الأوقاف التي تم الاستلاء عليها طوال فترة من الزمن، واستعمالها في عملية الاستبدال، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 35 من قانون الأوقاف: "يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية"، ومن بين أهم طرق الإثبات:

1- العقد: يكون إما عقد رسمي عرفته المادة 324 قانون المدني والنوع الثاني العقد العرفي: وهنا نميز بين مرحلتين: العقود العرفية المبرمة قبل 1971/01/01: تكون صحيحة من اكتسب تاريخا ثابتا قبل هذا التاريخ[2].

- العقود العرفية المبرمة بعد 1971/01/01.

2- الشهادة: نص عليها المشرع الجزائري وفق المادة 8 فقرة 5 قانون 91-10: "الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص .... من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار"، فالمشرع نظمهما ليعطيهما طابع رسمي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها[3].

---

[1]- لعمارة سعاد، مرجع سابق، ص45.

[2]- الأمر رقم 07-91 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970، يتضمن تنظيم التوقيف، جريدة الرسمية. عدد.107، صادر في 25 ديسمبر 1970.

[3]- لعمارة سعاد، مرجع سابق، ص47.

ثانيا: بيع الملك الوقفي أو مقايضته

لكي يكون بيع العين الموقوفة مضمونا ويرجى منه تحقيق أعلى مبلغ تذهب جل التشريعات إلى أن تجعله من طريق المزايدة أولا وإن لم يكن فيكون عن طريق التراضي.

فالمشرع الجزائري لم ينص على إجراءات الاستبدال ولم يقرر طريقة بيع الوقف، ولكنه أشار إلى المقايضة حيث نص على جواز استبدال الوقف بعقار آخر شريطة أن يكون مماثلا له وأفضل منه[1].

فعملية بيع العقار الوقفي أو مقايضة تخضع لإجراءات التسجيل والشهر العقاري في المحافظة العقارية المختصة باعتبار أن نقل الملكية في العقار مرتبطة بهذا الإجراء مع الإشارة إلى أن الأملاك الوقفية العامة معفاة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال البر والخير طبقا لنص المادة 44 من قانون الأوقاف[2].

ثالثا: حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة

بإجراء عملية الاستبدال تصبح العين وقفا وتخرج عن دائرة التملكيات وتطبق عليها أحكام الوقف، فلا يجوز التصرف فيها بأي تصرف من التصرفات، وتكون وفقا على ما كانت عليه الأولى، فإذا كانت الأولى موقوفة على مسجد تكون المستبدلة كذلك، فعملية الاستبدال تخرج العين الموقوفة من الاحتباس الذي يقضي عدم التصرف إلى جواز التصرفات التي يتحها حق الملكية على أن حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة يستلزم عملية التسجيل للعقار المقايض أو المشتري في السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية طبقا لنص المادة الأولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2003/11/14 المحدد في الشكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ

[1]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص76.

[2]– موسى سالمي، مرجع سابق، ص47.

العقاري وبعد ذلك إيداع المستندات الخاصة بالعقار المشتري لسجل في السجل الخاص بالملك التوقفي وفق المرسوم التنفيذي رقم 3362000[1].

[1]– موسى سالمي، مرجع نفسه، ص49.

المبحث الثاني: استثناءات التصرفات الواردة على المحل في التصرف الوقفي الوارد على عقار

أجاز المشرع الجزائري استغلال العقارات الوقفية بالنظر إلى أهميتها في ضمان الرقي الاقتصادي للبلاد، كما وضع إطار قانوني يتماشى على هذه الدراسة وطبيعة وخصوصية الوقف التي جاء بها المرسوم التنفيذي ب 213/18 المتضمن تحديد شروط وكيفيات استغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية، حيث أن استغلال العقارات الوقفية يكون بموجب عقد إداري بين السلطة المكلفة والمستثمر عن طريق تقديم العروض والتراضي[1].

ومن خلال دراستنا سنتطرق في هذا المبحث إلى استغلال المحل الوقفي في المشاريع الاستثمارية في ظل المرسوم التنفيذي 213/18 (المطلب الأول).

وشروط استغلال العقارات الموجهة للاستثمار في ظل المرسوم تنفيذي 213/18 (المطلب الثاني).

المطلب الأول: استغلال المحل الوقفي في المشاريع الاستثمارية في ظل المرسوم التنفيذي 213/18

العلاقة بين الاستثمار والوقف علاقة عضوية لأن الاستثمار في أحد وجهيه هو تكوين رأس مال (أنشاء مشاريع استثمارية) سنتناول في هذا المطلب تعريف المشاريع الاستثمارية وخصائصها.

الفرع الأول: تعريف المشاريع الاستثمارية

الاستثمار هو توظيف رأسمال المكون للحصول على منافع وعوائد وغرض الوقف هو الحصول على المنافع وعوائد لإنفاقها على وجوه البر ..[2].

[1]– المادة 6– من المرسوم التنفيذي 381/98 المؤرخ في 1 ديسمبر 1998 المتعلق بتحديد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها.

[2]– المرسوم التنفيذي رقم 213/18 المؤرخ في 20 أوت 2018، يحدد شروط وكيفيات استغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية وقفية جريدة عدد 52.

ث الاستثمار طريقة الأكثر انتشار لاستغلال الملك الوقفي فقد .استحدث لها المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي 213/18 المحدد لشروط وكيفيات استغلال العقارات الوقفية المخصصة لإنجاز مشاريع استثمارية.

نصت المادة 4 من المرسوم التنفيذي 213/18: "تهدف عملية استغلال العقارات الوقفية لإنجاز المشاريع الاستثمارية في مفهوم هذا المرسوم إلى ضمان تثمين هذه الأملاك وتنميتها وفقا لإرادة الواقف وطبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف وللتشريع والتنظيم المعمول بهما "حيث يهدف المشرع الجزائري استثمار العقارات الوقفية إلى تحقيق أكبر عائد للوقف وتأمين أعلى ربح، ومن أجل حفظ العقارات الوقفية في حد ذاتها وصيانتها، وإصلاح العين الموقوفة لضمان بقائها واستقرارها وهو ما يؤدي بالضرورة إلى زيادة حجم الأموال المستغلة في الوقف مما ينتج زيادة في أرباح الوقف[1].

الفرع الثاني: ضوابط المشاريع الاستثمارية

يقصد بضوابط الاستثمار الوقفي تلك القواعد الكلية التي توجه سلوك المسستثمر عقديا واقتصاديا وفق الشروط التي حددتها الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية، لهذا النوع من الاستثمارات[2]، ولذلك اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية مجموعة من الضوابط لاستثمار أموال الوقف هي:

- أن يكون مشروع الاستثمار الوقفي مشروعا وغير محرم طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية.
- مراعاة للأحكام الشريعة وأحكام القانون وإرادة الواقف.
- الحفاظ على المال الوقفي وذلك باختيار أفضل المشاريع في مجال الاستثمار.

[1]– خليفة بابكر الحسن، استثمار موارد الوقف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد12، الجزء الأول، سنة 2012، ص25.

[2]– قطب مصطفى سانو الاستثمار أحكامه وضوابط في الفقه الإسلامي دار النفائس للنشر والتوزيع الطبعة الأولى سنة 2000، الأردن، ص85.

– توثيق العقود والاشتراكات والتصرفات التي تتم على الأموال الموقف[1].

المطلب الثاني: **شروط استغلال محل الملك الوقفي في المشاريع الاستثمارية**

تتم عملية استغلال العقارات الوقفية لإنجاز المشاريع الاستثمارية بموجب عقد إداري بين السلطة المكلفة بالأوقاف والمستثمر[2] ، وتهدف عملية استغلال العقارات الوقفية لإنجاز المشاريع الاستثمارية، إلى ضمان تثمين هذه الأملاك وتنميتها وفقا لإرادة الواقف.

وطبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف: يتم إعداد عقد استغلال بواسطة السلطة المكلفة بالأوقاف، ويخضع عقد الاستغلال لإجراءات التسجيل والشهر العقاري[3].

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لعقد استغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية

يبرم عقد استغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية بين السلطة المكلفة بالأوقاف وكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الجزائري إذ يمكن لكل منهما الترشح للاستفادة من العقارات الوقفية الموجهة للاستثمار قصد استغلالها محل عقد الاستغلال هو الأملاك العقارية العامة المبينة أو غير المبينة[4] الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية الواقعة في قطاعات معمرة أو قابلة للتعمير كما هو محدد في أدوات التهيئة والتعمير المنصوص عليها في القانون إذ يستثنى من مجال هذه الأملاك الوقفية العامة العقارات الفلاحية الخاضعة للمرسوم التنفيذي رقم 70/14 المؤرخ في 2014/02/20 المحدد لشروط وكيفيات لشروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة الفلاحية، وتتمثل العقارات الوقفية الموجهة للاستثمار فيما يلي:

[1]– خليفة بابكر الحسن، استثمار موارد الوقف، المرجع السابق، ص27.

[2]– المادة 06، من المرسوم التنفيذي رقم 213/18، المرجع السابق.

[3]– المادة 2، من المرسوم التنفيذي رقم 213/18، المرجع نفسه .

[4]– المرسوم التنفيذي رقم 70.14 المؤرخ في 2014/02/20.

– الأراضي غير المبينة الموجهة للاستقبال المشاريع الاستثمارية.

– العقارات المبينة التي تحتاج إلى إعادة تهيئة أو توسعة أو إدخال تحسينات عليها أو هدم بغرض إعادة البناء أو تغيير في استعمالها الأولى لاستقبال المشاريع الاستثمارية كما تم تحديد مدة الاستغلال كحد أدنى 15 سنة وأقصاها 3 سنة قابلة للتجديد على أساس المردودية الاقتصادية للمشرع الاستثماري ويتم التجديد لفائدة المستثمر أو لذوي حقوقه[1].

يلتزم المستثمر المستغل للعقار الوقفي بالتسديد خلال مرحلة الإنجاز بدل إيجار سنوي إبتداءا من تاريخ التوقيع على العقد وتحدد قيمة الإيجار وفقا لمقتضيات السوق العقارية كما يقوم خلال مرحلة الاستغلال بتسديد نسبة مئوية من رقم الأعمال تتراوح هذه النسبة بين 1% إلى 8% على أساس المردودية الاقتصادية للاستثمار والأثر الإيجابي المترتب على التنمية المحلية، تسدد هذه المستحقات المالية إلى خزينة الأوقاف[2].

الفرع الثاني: الشروط الإجرائية لعقد استغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية

تختص السلطة المكلفة بالأوقاف ممثلة في وزير الشؤون الدينية والأوقاف بعملية مباشرة الإجراءات ذات الصلة باستغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

يتم استغلال العقارات الوقفية إما عن طريق تقديم عروض أو عن طريق التراضي[3].

[1]– المادة 8 من المرسوم التنفيذي 213/18، المرجع السابق.

[2]– المادة 9 من المرسوم التنفيذي 213/18، المرجع نفسه.

[3]– المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتعويضات الموفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50، السنة 2015.

أولا: استغلال الأراضي الوقفية عن طريق تقديم العروض

يقصد بتقديم إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة ذوي مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء[1].

تحدث على مستوى كل ولاية لجنة فتح وتقييم العروض المتعلقة باستغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية تكون مهمتها:

- فتح العروض المقدمة من قبل المترشحين للاستثمار.
- دراسة العروض المقدمة وتقييمها على مرحلتين: الانتقاء الأولي والانتقاء النهائي.
- انتقاء أحسن عرض تقني ومالي لفائدة الأوقاف على أساس المعايير والقواعد المعمول بها في مجال الاستثمار، مع مراعاة انسجام طبيعة المشروع مع خريطة الاستثمار الولائية.

حيث تتكون اللجنة التي يرأسها الوالي أو ممثليه من:

- المدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف، عضوا.
- المدير الولائي للصناعة والمناجم، عضوا.
- المدير الولائي لأملاك الدولة، عضوا[2].
- المدير الولائي للتعمير والهندسة المعمارية، والبناء عضوا.
- المدير الولائي للثقافة، عضوا.
- المدير الولائي للبيئة، عضوا.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية، محل المشروع عضوا .

[1]- المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 213/18.

[2]- المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 213/18.

يمكن أن تستعين اللجنة بأي شخص يمكن أن يساعدها في أشغالها .... إلى كفاءاته.

تتولى المصالح الولائية للإدارة الشؤون الدينية والأوقاف أمانة اللجنة تحت سلطة الوالي.

يرفع الوالي المقترح المتضمن أحسن عرض إلى وزير الشؤون الدينية و الأوقاف [1].

يتم الترخيص باستغلال الأملاك الوقفية لإنجاز مشاريع استثمارية عن تقديم عروض بناء على اقتراح الوالي المختص إقليميا، بموجب قرار يصدره وزير الشؤون الدينية و الأوقاف [2].

ثانيا: استغلال العقارات الوقفية عن طريق تقديم التراضي

يقصد بالتراضي إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة[3]، يمنح استغلال الأملاك الوقفية بالتراضي في إطار الاستثمار بعد استيفاء تنظيم عمليتين متتالتين عن طريق تقديم العروض أثبتنا عدم الجدوى بالنسبة للمعايير والقواعد المعمول بها في الاستثمار يمكن اللجوء بصفة استثنائية إلى صيغة التراضي عندما يتعلق الأمر بتشجيع المشاريع الاستثمارية ذات أهمية ومردودية كبرى للأملاك الوقفية أو ذات بعد وطني أو تلك التي تحقق قيمة مضافة عالية في الجانب الاجتماعي، كما يمكن منح الاستغلال بالتراضي لفائدة الشباب الحاصلين على مؤهلات علمية أو مهنية، على عقارات وقفية تتناسب مع إنجاز مشاريع استثمارية مصغرة[4].

يتم الترخيص باستغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية عن طريق التراضي بموجب قرار وزير الشؤون الدينية والأوقاف[5].

---

[1]– المادة 15 من المرسوم التنفيذي 213/18.

[2]– المادة 17المرجع نفسه.

[3]– المادة 11 المرجع نفسه.

[4]– المادة 41المرجع نفسه.

[5]– المادة 20 المرجع نفسه.

خاتمـــــة

خاتمة :

تعتبر الاملاك الوقفية في الأصل املاكا خاصة تحولت بالإرادة الحرة لملاكها الواقفين إلى نظام مستقل بذاته يرمي الى تحقيق غاية نبيلة تتمثل في تسبيل منفعة الملك الوقفي والتصدق به إلى وجوه البر والخير فهو يتمتع بالشخصية المعنوية ويعترف به القانون ويحميه .

اقر المشرع الجزائري منع التصرف في محل الملك الوقفي بأي صفة من صفات التصرف الناقل الرقبة سواء كان هاذا التصرف ماديا أو قانونيا فلا يجوز بيع محل الملك الوقفي أو هبته ,او التنازل عنه ,كما لا يجوز التغيير فيه.

الوجود القانوني للوقف يرتب اثارا قانونية مترابطة واساسية في نفس الوقت , فالأصل يقضي بعدم جواز التصرف في المحل الوقفي بأي تصرف ناقل الملكية ,والغرض الذي انشأ من اجله الوقف ,يجوز استبدال محل العين الموقوفة أو مقايضتها او بينها ,وشراء عين اخرى تكون بدلها ,واذا حصل وتم استبدالها يتم وفق حالات محصورة وضوابط واجراءات محددة لذلك، حددها الفقه ونص عليها القانون صراحة .

وبناءا عليه ، توصلنا في ختام دراستنا إلى مجموعة من النتائج التالية :

- الغرض من انشاء محل للملك الوقفي هو حبس العين ,وتسبيل المنفعة والتصدق بها .

- التشريع الجزائري خلاف العديد من التشريعات العربية التي عمدت على الغاء الوقف الخاص ,لازال يأخذ بنظام الوقف بنوعيه الخاص والعام .

- لابد من وجود شرط المحل في الوقف ليتمكن من القيام بمختلف نشاطاته وتحقيق اهدافه .

- المال الذي يجوز محلا للوقف يكون اما عقار او منقول او منفعة.

•المشرع الجزائري نص على استبدال محل الملك الوقفي وحدد حالاته , ولكن لم يتناوله بإسهاب بشكل العناصر الجوهرية ,باعتباره تصرفا يرد على محل الملك الوقفي فلم يحدد الشروط الواجبة فيه.

•انشاء المشاريع الاستثمارية يعتبر من بين الاستثناءات الواردة على محل التصرفات الوقفية الواردة على عقار.

وبناءا عليه ، في ختام دراستنا إلى مجموعة من الاقتراحات التالية:

• تشجيع القيام بأبحاث حول محل الملك الوقفي.

•وجوب تنظيم استبدال محل الوقف تنظيما دقيقا ,لا يدع فراغا فيه ولا غموضا ,وانشاء لجنة خاصة بهذا الإجراء ,تضم علماء ومختصين في الوقف.

•تنمية واستغلال محل الملك الوقفي استغلالا عقلانية دون الاضرار بأصله.

•اعادة المنظومة التشريعية للوقف من اجل سد الثغرات والتناقض الموجود بين النصوص المختلفة المنظمة للوقف .

•تشجيع رؤوس الاموال على الاهتمام بإقامة المؤسسات و المشاريع الوقفية ،لإثراء محل الوقف

•انشاء صندوق محلي بالأوقاف بدل الصندوق المركزي على مستوى كل ولاية وذلك من اجل خلق نوع من الاستقلالية في مجال استثمار وتنمية الاملاك الوقفية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: المصادر:

_القرآن الكريم ،برواية ورش

ثانيا المراجع:

الكتب :

1-احمد علي خطيب ، الوقف والوصايا ،الطبعة الثانية ،مطبعة جامعة بغداد 1978

2-نصر الدين سعيدوني ،دراسات في الملكية العقارية ،المؤسسة الوطنية الكتاب ،طبعة الاولى ،الجزائر،1986

3-محمد عيسى ،فقه الوقف وادارته في الاسلام ،محاضرة القيت بمناسبة ادارة الاوقاف الاسلامية بالجزائر تحت الرعاية السامية للسيد رئيس الحكومة ،وزارة الشؤون الدينية والاوقاف 21الى 25نوفمبر 1990

4-وهبة الزحيلي ،الوصايا والوقف في الفقه الاسلامي ،دار الفكر،دمشق،سوريا،طبعة الثانية 1993 .

5-محمد طرفاني ،قراءة قانونية في تنظيم الوقف في الجزائر،محاضرة القيت بمناسبة دورة ادارة الاوقاف الاسلامية بالجزائر تحت الرعاية السامية للسيد رئيس الحكومة ،وزارة الشؤون الدينية والاوقاف من 21الى 25نوفمبر 1999

6-قطب مصطفى سانو ،الاستثمار احكامه وضوابطه في الفقه الاسلامي ،دار النفائس ،للنشر والتوزيع ،الطبعة الاولى سنة 2000,الأردن.

7-خليفة بابكر الحسن ،استثمار موارد الوقف ،مجلة مجمع الفقه الاسلامي ،العدد 12،الجزء الاول سنة 2012.

المذكرات والرسائل :

1-موسى سالمي، التصرفات الواردة على الاملاك الوقفية في التشريع الجزائري ،بحث مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العقود و المسؤولية ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر 2003.

2-ابراهيم بلبالي ،قانون الاوقاف (دراسة تحليلية نقدية مقارنة بالفقه الاسلامي)،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية ،تخصص شريعة وقانون ،كلية العلوم الاسلامية ،جامعة الجزائر 2005،

3-صورية زردوم بن عمار ،النظام القانوني الاملاك الوقفية في التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، قسم العلوم القانونية كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر ،باتنة،2009-2010.

4-رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي في إطار القانون الموضعي ،مذكرة لنيل شهادة الدكتورة تخصص قانون قسم العلوم القانونية كلية الحقوق ،جامعة مولود عمري ،تيزي وزو،2014-2015.

5-لعمارة سعاد ،التصرفات الواردة على الاملاك الوقفية في التشريع الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة ماستر القانون ،تخصص عقود ومسؤولية جامعة اكلي محند اولحاج ،بويرة

القرارات القضائية:

1-القرار المؤرخ في 1989/09/29،ملف رقم 188432 الغرفة العقارية ،نقلا عن لعمارة سعاد ص32

2-قرار المؤرخ 1997/07/26,ملف رقم 157310م،ق،عدد01-1997ص343.

3-القرار المؤرخ في 1998/11/25 ملف رقم 183643، م ،ق، العديد 01-1989ص89.

4-القرار المؤرخ في 2001/12/29ملف رقم ض213394,الغرفة العقارية غ ،م نقلا عن عمر حمادي باشا (عقود التبرعات)ص231.

5-القرار المؤرخ في 2004/05/26 ملف رقم 2711299 ،الغرفة العقارية ،غ،م نقلا عن عمر حمادي باشا عقود التبرعات.

6-القرار المؤرخ في 2005/05/18 ملف رقم 183643,م،ق ،العدد 01-1989 ص89.

7-القرار المؤرخ في 2017/02/19 ملف رقم 393837,م،م،ع ، العدد 02-2007 ص423.

المواقع الالكترونية:

موقع الباحث العربي : www.baheth.info

النصوص القانونية :

1-الامر رقم 70-91المؤرخ في 15دسمبر 1970,يتضمن تنظيم التوثيق ،ج،ر،عدد107صادر في 25دسمبر 1970.

2-قانون رقم 91-10المؤرخ في 17ابريل 1991,يتعلق بالأوقاف ، ج ،ر ،عدد 21,صادر في 08ماي 1991(المعدل والمتمم).

3-المرسوم التنفيذي رقم 98-381المؤرخ في 1دسمبر 1998,يحدد شروط وادارة الاملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك ،جريدة رسمية ،عدد 90,صادر في 02دسمبر سنة 1998.

4-قانون رقم 07/01المؤرخ في 22مايو 2001، يعدل ويؤتمن القانون رقم 10/91المؤرخ في 17ابريل 1991,المتعلق بالأوقاف،جريدة رسمية ،عدد 29,صادر في 23مايو 2001.

5- المرسوم التنفيذي رقم 213/18الؤرخ في 20اوت 2018,يحدد شروط وكيفيات استغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية ،جريدة رسمية ،عدد52.

6-المرسوم التنفيذي رقم 14-70 المؤرخ في 20فيفري 2014 .

7-المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16سبتمر 2015,يتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،الجريدة الرسمية ،العدد 50

الفهرس

الفهرس

شكر

إهداء

مقدمة 1

الفصل الأول: ماهية محل الوقف الوارد على عقار. 5

المبحث الأول: مفهوم الوقف. 6

المطلب الأول: تعريف الوقف. 6

الفرع الأول: لغة: 6

الفرع الثاني: اصطلاحا: 7

المطلب الثاني: أنواع الوقف. 8

الفرع الأول: الوقف العام. 8

الفرع الثاني: الوقف الخاص. 9

المبحث الثاني: تعريف محل الوقف الوارد على عقار 10

المطلب الأول: تعريف محل الوقف الوارد على عقار 10

الفرع الأول: معنى محل الوقف 10

الفرع الثاني: نوع محل الوقف. 11

المطلب الثاني: شروط محل الوقف الوارد على عقار 14

الفرع الأول: مشروعية محل الوقف: 15

الفرع الثاني: أن يكون محل الوقف معلوما محددا معينا تعيينه نافي للجهالة: 16

الفرع الثالث: ملكية الواقف للمال الموقوف: 17

الفصل الثاني: قيود التصرفات الواردة على محل الوقف الوارد على عقار: 20

المبحث الأول: التصرفات القانونية الواردة على محل في التصرف الوقفي الوارد على عقار 21

المطلب الأول: منع التصرف في أصل الملك الواقف في عقار: 21

الفرع الأول: مبررات عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي لعقار. 22

الفرع الثاني: جزاء التصرف في أصل الملك الوقفي. 25

المطلب الثاني: التغيير في الوقف يلحق العين الموقوفة 28

الفرع الأول: تعريف وشروط التغيير باعتباره تصرفا في الوقف..... 28

الفرع الثاني: آثار التغيير في الوقف..... 31

المطلب الثالث: التصرف في أصل الملك الوقفي بالاستبدال..... 32

الفرع الأول: تعريف الاستبدال وحالات اعتباره تصرفا وقفيا..... 33

الفرع الثاني: شروط الاستبدال..... 35

الفرع الثالث: إجراءات الاستبدال 37

المبحث الثاني: استثناءات التصرفات الواردة على المحل في التصرف الوقفي الوارد على عقار ... 40

المطلب الأول: استغلال المحل الوقفي في المشاريع الاستثمارية في ظل المرسوم التنفيذي 213/18

..... 40

الفرع الأول: تعريف المشاريع الاستثمارية..... 41

الفرع الثاني: ضوابط المشاريع الاستثمارية 41

المطلب الثاني: شروط استغلال محل الملك الوقفي في المشاريع الاستثمارية 42

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لعقد استغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية 42

الفرع الثاني: الشروط الإجرائية لعقد استغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية .. 43

خاتمة 47

قائمة المراجع..... 50

الفهرس 55