جـــامعـة غردايـــة

كليـــــة الحقوق والعلوم السياسيـــة

قـسم الحـقوق

التصرف الوارد على الملك الوقفي

في التشريع الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر

في الحقوق – تخصص: قانون خاص

إعداد الطالب: محمد علي عمور **إشراف د/يوسف باباواسماعيل**

أعضاء لجنة المناقشة:

د/شوقي نذير	أستاذ بجامعة غرداية	رئيسـا
د/يوسف باباواسماعيل	أستاذ بجامعة غرداية	مشـرفـا
د/نسيل عمر	أستاذ بجامعة غرداية	ممتحنـا

السنة الجامعية: 2019 - 2020

قائمة المختصرات

- ص : الصفحة.
- د.س.ن : دون سنة نشر.
- م : المادة.
- ط : طبعة
- ج: الجزء
- د.ر.ط:بدون رقم طبعة
- ج.ر: الجريدة الرسمية

ملخص المذكرة

التصرف في الملك الوقفي (استبدال محل الوقف)

تتناولنا في هذه الرسالة دراسة إشكالية جد هامة في الفقه الإسلامي والوضعي، وهي مسألة التصرف في الملك الوقفي (استبدال محل الوقف)، وتعتبر هذه المسألة قديمة الطرح ومتجددة.

بدأنا الدراسة بشرح مفهوم الوقف ثم بيان شرعيته وفق أحكام الشريعة الإسلامية، وأركانه متمثلة في: "الواقف، والموقوف عليه، وصيغة، محل الوقف"، بالإضافة إلى الشروط والخصائص، وفق وجهة نظر المشرع الجزائري.

كما درسنا مسألة استبدال الوقف؛ ببيان مفهوم الاستبدال وأشكاله سواء بالبيع أي المعاوضة أو بالمقايضة، كما وضحت الدراسة ضوابط استبدال الملك الوقفي، وعلاقته بشروط صاحب الوقف ، وبينت كذلك الضوابط المتعلقة بالممتلكات الوقفية المستبدلة و البديلة، وضوابط الشخص القائم بعملية الاستبدال، وبيان الضرورة والمصلحة القانونية التي تبرر استبدال محل الوقف، وأخيرا الإجراءات العملية المعتمدة من قبل المشرع الجزائري في استبدال الملك الوقفي.

وأنهينا الدراسة بسرد بعض التوصيات والاستنتاجات.

WAQF SUBSTITUTION

This draft dissertation examines a section of transactions of important issues of Islamic jurisprudence . This question is seen as both an old question and a contemporary one.

The study begins by explaining the concept of Waqf then showing its legality in Islamic Sharia law, its cornerstones – these fundamental elements – such (the consistent, the foundation, the formula of the constitution of the wakfe property, and the devolutary), conditions and characteristics. The study then explains its types and fields, in the light of Algerian legislation.

The study then approaches the substitution of the Waqf by explaining the meaning of the concept of substitution and its forms, whether by exchange or bartering it for another property,

The study later explains the controls of the Waqf substitution against the conditions of the holder of the Waqf, the conditions of the substituted Waqf property and the alternative substituted property for the Waqf.

The study would finally arrive at explained the controls for the sale of the Waqf property by explaining the conditions of the seller of the Waqf holder, and the conditions of the property sold, the conditions of the purchased property and showing the legal objectives justifying the sale of the Waqf property, We have also shown the practical procedures adopted by the Algerian legislator to replace the property of the Waqf**.**

At the end of the brief will try to list some recommendations and conclusions.

المقدمة:

يُعتبر المال محور وعصب الحياة، وقديما قيل المال قوام الأعمال، فهو مصدر الثروة واهتمام البشرية منذ الأزل، ووسيلة لتحقيق غايات كثيرة ومتعددة، ويأخذ هذا المال صور عديدة فقد نجده في صورة عقارات متكونة من بناءات، وأراضي زراعية، ومقابر أو منقولات بأنواعها نقود سيارات ألبسة منتجات زراعية، حقوق ومنافع مادية ومعنوية، كالمحلات التجارية وبراءات الاختراع والحقوق الأدبية...الخ، فمكونات الثروة تختلف باختلاف الزمن والمكان، ويتميز المال أو الثروة بقابليته للتداول بين ذمم الأشخاص الطبيعية والاعتبارية؛ بهدف التملك والانتفاع والتصرف فيه، ويتم تداول المال بمختلف التصرفات الناقلة للملكية سواء كانت بعوض كالبيع والإيجار والعارية ..الخ، أو بدون عوض كالتبرعات وهبه والتصدق به قربة إلى الله سبحانه وتعالى، واستثناء عرف النظام الإسلامي حالة يخرج فيها المال عن قاعدة التداول؛ حيث تستأثر جهة ما بالانتفاع بهذا المال على سبيل الدوام والاستمرار دون أن تتمتع هذه الأخيرة بحق التصرف في أصله، وهذه الحالة الاستثنائية للمال تسمى "وقفا "أو "حبسا".

يعد الوقف من أهم تنظيمات الفقه الإسلامي التي شُرِعَت تحقيقا للتكافل الاجتماعي، من خلال تأمين المصادر المالية لأعمال الخير تنظيما، فهو يمثل أحد معالم الحضارة الإسلامية، ويعتبر أيضًا من أَجَلِّ صُوَرِ الصدقات باعتبار استمرار الأجر بعد وفاة صاحبه، حرصا على الثواب الأخروي، وقد أدرك المسلمون عِظمَ أجر الوقف فتسابقوا إلى حبس أموالهم على أوجه البر المختلفة، حيث تنوعت وشملت أغراضه جل مناحي الحياة؛ العلميّةِ والاقتصاديّةِ والاجتماع والثقافيّةِ.

وقد اهتمَّ الفقهاء قديما بموضوع الوقف فأفردوا له أبوابًا، وفصّلوا في أغراضه وأنواعه وشروطه، وأحكامه ومقاصده؛ ولكن ومع تعاقب الأزمنة، تعرضت أكثر أموال الوقف للضياع والاندثار، لأسباب عدة منها قصور فكر النُظَار وعدم إلمامهم بطرق تسيير الوقف وإنمائه، وضعف الوازع الديني، والذي نتج عنه التعدي الصريح على الأملاك الوقفية سواء من الدولة أو الأفراد، كما يعد قدم العقارات الوقفية المبنية والزراعية منها سببا في ضياع الوقف على اعتبار ضعف مردودها إلى درجة عدم إمكانها تغطية مصاريف تسييرها، كلها أسباب دفعت بالفقهاء إلى البحث عن حلولٍ للنهوض بالوقف من جديد واستعادة مكانته، ومن الحلول التي أوردها الفقه في هذا الصدد استبدال محل الوقف في حال تعطلِهِ، أو عدم الحصول على الغرض الذي وقف من أجله، وقد اهتم الفقهاء بالاستبدال قديما وحديثًا وقد تضاربت آرائهم في هذا الشأن، بين مؤيدٍ له بشروط بسيطة، وبين مانعٍ

له منعًا باتًا إلا في حالاتٍ نادرةٍ جدًا، وترجع أغلب هذه الاختلافات إلى التنوع في محال الوقف؛ بين عقارات ومنقولات بأنواعها، وتجدر الإشارة إلى أن أغلب الفقه الرافض للاستبدال، رأيه مؤسس على مبدأ سد الذرائع، في سبيل درء كل مفسدة يمكن أن تنشأ بسبب تسهيل الاستبدال.

تكمن أهمية الموضوع محل الدراسة، في كون التصرف في الملك الوقفي لا يشبه التصرفات القانونية العادية، فمكانة الوقف كنظام إسلامي يهدف إلى تنظيم الصدقات الجارية، أي التبرع دائم غير مقطوع، وهو ما يسمى بالوقف أو الحبس والذي كما أسلفنا يعتبر استثناء عن قاعدة تداول المال أو الثروة، فمحل الوقف غير قابل للتداول، ويحدد الواقف طرق الانتفاع به وبغلاته، واقتضت هذه الخصوصية أن تكون هناك ولاية على الوقف تصونه من العبث والضياع وتديره بصورة تجعله يحافظ على خصوصيته والحيلولة دون تلاعب دووا النفوس الضعيفة به، في سبيل ضمان ديمومة هذه الصدقات، وفق الغرض الذي حدده الواقف، وهذه الولاية يسميها الفقهاء " النظارة على الوقف."

فمسألة استبدال محل الوقف من مسائل الجوهرية التي اختلف فيها الفقه؛ وتعتبر أداة هامة في تفعيل الوقف وازدهاره والمحافظة عليه من الاندثار والضياع، فأهمية الموضوع مرتبطة بمدى أهمية استبدال الوقف، وعلاقته في الحماية والمحافظةِ عليه، وإبراز أهمية الناظر في تبيان الضرورة والمصلحة التي تستدعي استبدال الموقوف، فليست كل مصلحة عابرة تستدعي تحريك الثمرات عن مواضعها، ويكون هذا من خلال بيان ما في الاستبدال من تحقيقٍ لمقاصد الشريعة الإسلامية، والحفاظ عليها، مع ضرورة توخي الغبطة ومراعاة مصالح الوقف في عملية الاستبدال.

يعود سبب اختياري لهذا الموضوع لأمورٍ متعددة منها:

1. الميل والرغبة في إثراء الرصيد المعرفي حول الأوقاف والتصرفات الواردة عليها.
2. دراسة موضوع وقف في مقياس التصرفات العقارية، في السنة الأولى ماستر، أثار لدي شغف التوسع في ثناياه موضوع الوقف، واختياره كموضوع في رسالة التخرج.
3. قلة الدراسات القانونية التي تناولت دراسة موضوع التصرف في الملك الوقفي من وجهة نظر المشرع الجزائري.
4. علاقة الموضوع بالواقع المعيش، فالأوقاف المعطلة والخربة، مشهد مأساوي متكرر يقتضي، دراسة هذا الموضوع والتدخل من السلطات المعنية.
5. محاولة منا لإثراء مكتبة الجامعة بهذه الدراسة، المتعلقة بالأوقاف وحمايتها من الخراب عن طريق التصرف باستبدالها.

و تتلخصُ أهداف هذه الدراسة في النقاط التالية:

1. بيانُ حقيقة الوقف ودوره في بناء الفرد والمجتمع.
2. بيان أركان الوقف وأنواعه والتنويه على بعض الأنواع التي لم ينص عليها المشرع الجزائري، كوقف الأسهم والصكوك.
3. التعرف على حقيقة الاستبدال في الأوقاف ودورها في تحقيق المصالح الدنيويَّة والأخرويَّة، المتوخاة من قبل الواقف.
4. التعرف على ضوابط الاستبدال التي وضعها الفقهاء، لحماية الأوقاف من تلاعب ضعفاء النفوس.
5. معرفة الضرورة والمصلحة التي تستدعي الاستبدال.
6. توضيح الإجراءات التي يتم بها استبدال الوقف

الدراسة محل المذكرة محصورة في تبيان رأي الفقه في مسألة التصرف في الملك الوقفي، وبيان موقف المشرع الجزائري في هذا الصدد، بالبحث ما إذا كان المشرع الجزائري قد أحاط بالموضوع من جميع جوانبه، أو أنه ترك الأمر مفتوحا للاجتهاد وفق نص المادة الثانية من قانون الأوقاف، التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتغطية أي نقص يمكن أن يتجلى على المنظومة الوقفية.

التصرف الوارد على الملك الوقفي أو استبدال الوقف من المواضيع القديمة المتجددة، وقد أُلفت فيه كتبٌ كثيرة، إلَّا أنَّه على حسب ما درست وما اطلعت عليه لم أجد دراسة سابقة متخصصة تناولت موضوع استبدال الوقف من الناحية القانونية، ومن وجهة نظر المشرع الجزائري، ولكن وجدنا بعض دراسات القانونية القيمة، التي تناولت موضوع الاستبدال كفكرة ثانوية ضمن موضوع رسالة التخرج في الماجستير أو الدكتوراه، ومثالها دون تفصيل نجد مذكرة لنيل شهادة الماجستير للسيد: بن مشرنن خير الدين، تحت عنوان إدارة الوقف في القانون الجزائري، في تخصص قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2012/2001، حيث قسم الباحث موضوع المذكرة إلى فصلين الأول عَنْوَنَهُ بـ: "إنشاء الوقف وقوام إدارته في القانون الجزائري"، أما الفصل الثاني فعنوانه "التصرفات الواردة على الملك الوقفي تثميرا وحفظا"، وقد تناول الباحث دراسة الاستبدال في الفصل الثاني، وبالضبط في المطلب الأول المُعَنْوَنْ بـ:"حفظ أصل الملك الوقفي العقاري باستبداله"؛ من المبحث الثاني الذي عنونه الباحث بـ:" المحافظة على أصل الملك الوقفي العقاري

باستبداله واعتماد رخصة البناء كأداة قانونية لمباشرة عمليتي التثمير والحفظ"، حيث قسم الباحث هذا المطلب إلى فروع ثلاثة تعرض في الفرع الأول إلى تعريف الاستبدال وفي الثاني إلى ضوابط صحة الاستبدال، وأخيرا في المطلب الثالث إلى كيفية تنفيذ عملية الاستبدال.

الدراسة الثانية التي تناولت الاستبدال في بعض المواطن، هي أطروحة دكتوراه للباحث عبد الرزاق بوضياف، بعنوان إدارة أموال الوقف وسبل استثماره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- دراسة مقارنة-، تخصص شريعة وقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2006، أهم ما تناولته هذه الدراسة عن الاستبدال كان في الفصل الثالث من الباب الثاني، وبالضبط في الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الثاني المعنون "بالتمويل الخارجي لاستثمار مؤسسة الوقف"، حيث عني الباحث في هذا الفرع بدراسة "المشاركة الدائمة بطريق الاستبدال".

كما نجد مذكرة ماجستير في علوم التسيير تخصص نقود ومالية، للباحث أحمد قاسمي، بعنوان:" الوقف ودوره في التنمية البشرية مع دراسة حالة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، سنة 2008، قد تناولت الاستبدال في جزئيات متفرعة، دون أن نجد للاستبدال عنوان في فهرس هذه المذكرة، فقد ذكر الباحث صوره، كما بين صيغ استثمار واستغلال الأملاك الوقفية عن طريق الاستبدال في القانون الجزائري.

لا يكاد يخلو أي بحث من الصعوبات، ولعل من بين الصعوبات التي واجهتني في إعداد هذه المذكرة:

1. ندرة الدراسات القانونية المتخصصةِ التي تناولت دراسة التصرف في الملك الوقفي، فأكثر المراجع التي عالجت الموضوع متخصصة في العلوم الشرعية.
2. كثرة الاختلافات الفقهية في جزئيات الاستبدال وهذا في المذهب الواحدِ، مما يجعل التحكم في المادة العلمية أمرًا صعبًا.
3. لم ينل الموضوع التصرف في الملك الوقفي حظه الوافي من اهتمام فقهاء القانون الجزائري إلا ببعض السطور قليلة في مواطن مختلفة في مذكراتهم ومقلاتهم، حتى أن بعض المذكرات أشارت لموضوع الاستبدال من بعيد دون أن تخصص له عنوان خاص في المذكرة.
4. بالإضافة إلى صعوبة التعامل مع بعض الهيئات المكلفة بالأوقاف، مثل مديرية أوقاف ولايتي غرداية وورقلة.

5. ولعل ما زاد الطين بله بخصوص الدراسات القانونية الجزائرية، عدم وجود أعمال التحضيرية المتعلقة المواد القانونية المصادق عليها إنشاء أو تعديلا من قبل السلطة التشريعية، في سبيل استقصاء موقف المشرع الجزائري.

من خلال ما تقدم يظهر أن الوقف هو استثناء عن أصل القاعدة الطبيعية للمال بمختلف أنواعه وهي التداول، بحبسه ابتغاء مرضاة الله سبحانه وتعالى بغية استمرار الأجر من خلال استمرار الانتفاع بالعين محل الوقف ولكن قد يتعطل أو ينخرب المال محل الوقف تحت طائلة أي سبب، مما يعود بالسلب على الواقف بتوقف الأجر المرجو، وعلى الموقوف عليه بسبب انقطاع المنفعة بمحل الوقف، ويستوجب بذلك تدخل مسير الوقف الذي يسمى "ناظرا للوقف" لإعادة بعثه من جديد، من خلال التصرف في الملك الوقفي عن طريق بيعه أو مقايضته أو..، واقتناء محل وقف آخر يأخذ مكان الوقف المتصرف فيه، ويحبس عن التداول.

ويعتبر التصرف في الملك الوقفي أمر خطير يهدد بفقدان الوقف، لدى خصه فقهاء الشريعة والقانون بجملة من الضوابط والإجراءات؛ بغرض حماية الوقف من الضياع والاندثار، فما هو المقصود بالتصرف في الملك الوقفي؟ وماهي ضوابطه؟ وكيف تعامل المشرع الجزائري مع إجراءاته؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية العامة بعض التساؤلات الفرعية:

1. ما هي حقيقة الوقف؟ و ماهي أركانه وأنواعه ؟.

2. كيف يُسَيَر المال الوقفي وماهي الأنظمة المعتمدة في تسييره؟ وما هو موقف المشرع الجزائري منها؟

3. ما هو مفهوم الاستبدال؟، وماهي صوره وأركانه ؟.

4. ماهي الضوابط الشرعية والقانونية التي وضعها الفقهاء لصحة الاستبدال؟، وما موقف المشرع الجزائري منها ؟

5. ماهي الإجراءات التي اعتمدها المشرع الجزائري لتتمة عملية الاستبدال؟

تعتبر هذه أهم الإشكاليات التي سنحاول الإجابة عنها في هذه المذكرة، بإتباع مناهج عدة نظرًا لطبيعةِ المذكرة، فقد استخدمت المناهج الآتية:

1. المنهج الوصفي: استعملت هذا المنهج للتعرف على المشكلة البحثية، سيما التعريف بالوقف، ووصف واقع التصرف في المال الوقفي في الجزائر، من خلال تبيان الاستبدال، والضرورة والمصلحة فيه، وتدليل بعض الإشكاليات في سبيل مقارنتها مع مثيلاتها.
2. المنهج التحليلي: طبقنا هذا المنهج في تحليل النصوص القانونية المتعلقة بمجال البحث والوثائق الإدارية ذات الصلة، والتي تمثل الجانب العملي للسلطة التنفيذية في إدارة الأوقاف وكيفية تعاملها مع النصوص التشريعية التي أعتمدها المشرع الجزائري، فالوثائق الإدارية هي الأدوات القانونية المعتمدة في التعبير عن إرادة إدارة الأوقاف، ومدى موافقتها لرأي المشرع.
3. المنهج المقارن: تمثلت استخدامات هذا المنهج في المذكرة من خلال عرض آراء الفقهاء، وأدلتهم في مختلف المسائل المتعلقة بالوقف والاستبدال ومناقشتها ثم الترجيح بينها، وتبيان ما ورد في بعض القوانين المنظمة للأوقاف لبعض الدول العربية والإسلامية، ومقارنتها برأي المشرع الجزائري في قانون الأوقاف 91-10، واستعملنا أيضا هذا المنهج كلما استدعت مراحل البحث ذلك، دون أن يصل هذا الاستعمال إلى الدراسة المقارنة الحقيقية المطبقة في منهجية العلوم القانونية.
4. المنهج التاريخي: كما اتبعنا في سبيل دراسة الموضوع محل المذكرة المنهج التاريخي لاستقصاء تطور إدارة الوقف عموما وفي الجزائر خصوصا وهذا بإرجاع الأمور إلى أصولها، بدءا من الإدارة التقليدية إلى الإدارة الحكومية المباشرة وكيف عمد المشرع الجزائري إلى تقنينها.

وقد اعتمدت في هذه المذكرة الخطة المزدوجة؛ بحسب هذا التفصيل، فبعد المقدمة تناولت دراسة الموضوع في فصلين وقسمت كل فصل إلى مبحثين، ثم كل مبحث إلى مطلبين وكل مطلب إلى فرعين، وخاتمة، وفهارس، وفي مايلي عرضها بإيجاز:

المقدمة: وفيها بيانٌ لأهمية الموضوع والأهداف المرجوة منه، وطرحٌ لإشكاليات، وذِكرٌ لأسباب اختياره، والدراسات السابقة في الموضوع، والمنهجية المتبعة في معالجة الإشكالية، والخطة المعتمدة في دراستنا للموضوع.

الفصل الأول: خصصته لدراسة ماهية الوقف والإدارة المكلفة بالتسيير الوقف وهو عبارة عن شرحٍ للمفاهيم والمصطلحات الخاصة بالوقف أولا تمهيدا للدخول في التصرفات الواردة عليه.

المبحث الأول: تعرضت في هذا المبحث إلى مطلبين، تطرقت في الأول إلى مفهوم الوقف من خلال تعريفه لغة واصطلاحا وتشريعا، وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابه له، ثم ذكر خصائصه الشرعية

والقانونية، ثم في المطلب الثاني إلى تأسيس الوقف بالتطرق إلى أركانه وشروط نفاده، ثم إلى أنواعه باعتبار الواقف وباعتبار الموقوف والمحل ثم الصيغة.

المبحث الثاني: درسنا في المطلب الأول منه طرائق تسيير الوقف التقليدية المتمثلة في الإدارة الذرية المستقلة، والإدارة المعينة من قبل القضاء وتحت إشرافه، ثم طرائق الإدارة الحكومية للوقف والتي تأخذ شكل هيئة إدارية مستقلة، أو شكل إدارة الحكومية المباشرة، وفي المطلب الثاني تطرقنا إلى تسيير الوقف في التشريع الجزائري بالتطرق أولا إلى مراحله التاريخية والتفريق بين مرحلتين، الأولى تتميز بعدم الاهتمام بشؤون الوقف، وتتميز المرحلة الثانية بالاهتمام المتزايد بشؤون الوقف، وبيننا ثانيا الأجهزة المكلفة بالتسيير المباشر وغير المباشر للوقف.

الفصل الثاني: خصصناه هذا الفصل لدراسة التصرف في الملك الوقفي، بالتطرق إلى ضوابط الاستبدال وإجراءاته، ثم إلى الاستبدال وعلاقة الواقف بالناظر، بالتركيز دوما على موقف المشرع الجزائري في كل مسألة.

المبحث الأول: قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، الأول درسنا فيه مفهوم استبدال أموال الوقف، وعرفنا الاستبدال لغة واصطلاحا وتشريعا، وبيننا صوره واستخداماته في تثمير الأوقاف، وإيجاد مصادر تمويلية لصيانة الوقف وعمارته، ودرسنا في المطلب الثاني متولي الاستبدال واشتراطات الواقف، من خلال التعرض إلى نزاهة القائم بعملية الاستبدال واشتراطات الواقف وأنواعها، ثم بيان أثر اشتراطات الواقف في استبدال الوقف.

المبحث الثاني: تطرقنا في هذا المبحث إلى تبيان ضوابط العين المبدلة، والضرورة والمصلحة التي تستدعي الاستبدال، وإلى ضوابط البدل والثمن في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني إلى أحكام وإجراءات الاستبدال وكيفية تنفيذ عملية الاستبدال لدى المشرع الجزائري، حيث بَيَّنَّا الإجراءات المعتمدة في الاستبدال، وتسجيل العقار الوقفي وتشطيبه في سجل الجرد والبطاقية.

الخاتمة: بينت فيها أهم النتائجِ التي توصلتُ إليها، وبعض التوصيات المهمة.

الفهارس: ذيلتُ المذكرة في الأخير بمجموعة من الفهارس العلمية الآيات والأحاديث والآثار والأعلام والمصادر والمراجع والمحتويات

وفي الأخير أرجو أن أكون قد أحطت وَوُفِّقْتُ في دراسة هذا الموضوع وصياغته في قالب علمي مقبول، بالفضل من الله عز وجل أولا، ثم إلى أستاذي الفاضل "بابا وسماعيل يوسف" الذي أثار فينا شغف التوسع والإبحار في ثنايا أحكام الوقف، بعد ما درسنا في حضرته مقياس التصرفات العقارية في السنة أولى ماستر، وزادنا شرفا قبوله الإشراف علينا في هذا الموضوع، ولم يبخل علينَا بجهده ولا بأفكاره، في سبيل إنجاز هذه المذكرة على أحسنِ وجهٍ.

هذا وإنّ هذا الجهد البشري معرض للصواب والخطأ، وأرجوا من أساتذتي المناقشين التوجيه والتقويم والتنبيه إلى ما وقعت فيه من أخطاءٍ وهفواتٍ حتى أستفيد من صقل هذا المجهود البسيط الذي أعتبره في مرحلة المخاض للخروج إلى الحياة العلمية عله يكون مرجع يستفيد به متعطش لفهم هذا الموضوع الشيق المهم.

وأخير فما كان من صوابٍ وتوفيقٍ فمن الله وحده، وما كان من خطأ أو زلَلٍ فمن نفسي والشيطان، وإني أسأل الله العلي العظيم أن يتقبل جهدي هذا وأن ينفعني وينفع به طلبة العلم وكل شغوف لفقه الوقف. وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

الفصل الأول

ماهية الوقف وإدارته

الفصل الأول

ماهيـــــة الوقف وإدارتـــه

لدراسة موضوع الوقف يستوجب تحديد حقيقته كنظام مالي متميز، أنشأ من أجل تحقيق غايات نبيلة وسامية، تستهدف مرضاة الله سبحانه وتعالى، وهذا بحبس المال على التملك وصرف غلاته في مختلف أوجه البر.

ولا تتحقق المقاصد الشرعية للوقف، من ثواب الله تعالى أولا بالنسبة للواقف، والمساهمة في التكافل الاجتماعي من خلال استمرارية الانتفاع بغلاة الملك الوقفي في سبيل قضاء الحاجات المستمرة للموقوف عليه ثانيا، إلا بوجود ولاية ـ إدارة ـ متمكنة ومتحكمة في استمرارية مؤسسة الوقف، وترسانة قانونية مكتملة، لها مصدرها في الفقه الإسلامي الذي أسهب في تنظم أحكامه، لتغطية أي فراغ تشريعي، ولتفصيل ما سبق ذكره في هذه الدراسة وجب التطرق في هذا الفصل إلى مبحثين، الأول يتناول التعريف بالوقف وخصائصه وتقسيماته، و يبرز الثاني الإدارة المكلفة بتسييره الملك الوقفي.

المبحث الأول: ماهية الوقف

لتحديد ماهية الوقف كنظام مالي، وتمييزه عن باقي الأنظمة القانونية، يجب التطرق إلى تعريفه وتمييزه عن ما يشابهه من مصطلحات في المطلب الأول، ثم التعرف إلى تأسيس الوقف وأنواعه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الوقف

لبيان مفهوم الوقف يجب البحث في تعريفه، وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابه له في الفرع الأول ثم التعرض إلى خصائصه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الوقف وتمييزه عن بعض المصطلحات

في سبيل تعريف الوقف يجب الوقوف على أمرين هما: تعريفه اللغوي والاصطلاحي والقانوني أولا، وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابه له ثانيا.

أولا: تعريف الوقف

للوقوف عند المعنى الدقيق للوقف يجب تعريفه في نقاط ثلاثة: لغة، اصطلاحا وقانونا وهو ما يجب دراسته في هذه النقطة.

1. الوقف لغة: * وقف* الوقوف: خِلافُ الجلوسِ، فنقول وَقَفَ بالمكان وقفاً ووقوفاً، ويقول وَقَفَتِ الدابة تقفُ وقوفاً، ووقف الدابة: جعلها تَقِفُ. ووقف الأرض على المساكين، وفي الصِّحاحِ للمساكينِ، وقفاً: حبسها، وَوَقَفْتُ الدَّابةَ والأرضَ وكلَّ شيءٍ، فأمّاَ أَوْقَفَ في جميع ما تقدم من الدَّواب والأرضين وغيرهما فهي لغة رديئة، فعن الكسائيّ: ما أوقفك هَهُناَ ؟ وأي شيء أوقفك ههنا ؟ أيْ أيُّ شيء صيرك إلى الوقوف؟ وقيل وقف وأوقف سواءٌ، فنقول وقفت على ما عند فلان، معناه قد فهمته وتبينته. ورجل وقاف : متأَنٍّ غير عجلٍ، لا يستعجل في الأمور. وقّفت الحديث توقيفا وبينته تبياناً، وهما واحدٌ. ووقفته على ذنبه ، أي أطلعته عليه. والوَقْفُ: الخلخال ما كان من شيء من الفضة والذبل وغيرهما. والجمع وُقُوفٌ. والتوقيف: يفيد البياض مع السوادِ فتقول العرب: الدّابة موقفة في قوائمها أي خطوط السود في قوائمها. وتقول العرب كذلك رجل مُوَقفٌ: أصابته البلايا[1].

الوقف اصطلاحا: اختلف الفقه في تعريف الوقف؛ ولعل السبب في ذلك راجع لاختلافهم فيما يتعلق من أركان والشروط، وفي لزومه من عدمه، واشتراط القربة فيه وعدم اشتراطها، والجهة المالكة للعين بعد وقفها[2]، ويغلب على تعريفات الفقهاء للوقف إدخال شروط الوقف حسب مذاهبهم المتعددة ضمن التعريف[3]، رغم اتفاقهم في المبدأ على أن الوقف هو التحبيس للأصل، فلا يباع ولا يورث ولا يوهب بأي شكل من الأشكال فروي " أن عمر رضي الله عنه قال: يارسول الله إني أصبتُ أرضا بخيبر لم أصبْ مالا قط هو أنفسُ عندي منهُ. فما تأمرني به ؟ قال: "إن شِئْتَ حبستَ أصلها وتصدَّقْتَ بِهَا". قال فتصدق بها عمر؛ أنه لا يباع أصلها ولا يُبْتاعُ ولا يُورثُ. ولا يُوهبُ. قال: "فتصدق عمر في الفقراء. وفي القربى. وفي الرقاب. وفي سبيل الله. وابن السبيل. وضيف. ولا جناح من وليها أن يأكل منها بالمعروف. أو يطعم صديقا. غير متمولٍ فيه"[4].

(1) ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، ط. الأولى (جديدة ومشكلة تشكيلا تاما)، د.س.ن، ص 4898 إلى 4900.

(2) محمد الأمين بالميلود، الحماية المدنية والجنائية للأملاك الوقفية، دار الأيم للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط 1، سنة 2019، ص19.

(3) منذر قحف، الوقف الإسلامي" تطوره، إدارته، تنميته"، دار الفكر، دمشق سورية، ط الأولى، سنة 2000، ص56.

(4) أبي الحسين مسلم بن الحجاج القُشَيريُّ النَيسبُوريِّ، صحيح مسلم، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991، 15_1632،ص1255.

فعرف السرخسيُ الوقف بقوله: "حبس المملوك عن التمليك من الغير" (1)، وأضاف ابن عابدين:" هو حبسها على حكم ملك الله تعالى، وصرف منفعتها على من أحب"؛ ويفهم من ذلك أن الوقف عقد لازم لا رجوع فيه، فلا يملك أحد التصرف في العين الموقوفة تمليكا أو هبة"(2)، ويفيد الوقف بمفهومه الإجمالي " معنى حبس المال عن الامتلاك والتداول، في سبيل المقاصد أو المصالح العامة التي تحتاج إلى أماكن تهيأ ونفقة دائمة، وهذه المصالح إما دينية أو علمية أو خيرية"(3). والكبيسي عرفه بأنه :" حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنافع على الفقراء مع بقاء العين"(4)، وقد عرفه الصاوي على وجهة نظر المذهب المالكي على هذا النحو:"هو جعل منفعة مملوك أو غلته لمستحق مدة ما يراه المحبِس"(5)، وانتهي الأستاذ منذر قحف إلى تعريف الوقف بأنه:" هو حبس مؤبد ومؤقت، لمال للانتفاع به أو بثمره في وجه من وجوه البر العامة أو الخاصة"(6).

وحسب الإمام أبو زهرة فإن أجمع تعريف لمعاني الوقف عند الدين أجازوه أنه"حبس العين وتسبيل ثمارها، أو حبس عين للتصدق بمنفعتها، أو كما قال ابن حجر العسقلاني في الفتح الباري إنه قطع التصرف في رقبة العين التي يدوم الانتفاع بها وصرف المنفعة"(7). فقوام الوقف في هذه التعريفات المتقاربة حبس العين فلا يُتصرف فيها بالبيع والرهن والهبة ولا تنتقل بالميراث، وتُصرف المنفعة فيها لجهات الوقف على مقتضى شروط الواقفين(8) ، رغم اختلاف الفقه الجهة المالكة للوقف بعد الحبس فمنهم من أبقى العين على ملك الواقف، ومنهم من جعلها على ملك الله، واعتبر البعض أن الملكية تكون للجهة الموقوف عليها.

2. **الوقف في الاصطلاح القانوني**: ما يهمنا في هذا الصدد هو كيف تعامل المشرع الجزائري في تعريفه لمصطلح الوقف في النصوص التشريعية المختلفة، فقد عرف المشرع الوقف في نص المادة 213 من قانون الأسرة بقوله:"الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد

---

(1) محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على در المختار شرح تنوير الأبصار لخاتمة المحققين، ج 6، دار عالم الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط خاصة سنة 2003م، ص521.

(2) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص20.

(3) مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، دار عمار، عمان الأردن، ط 2، سنة 1998م، ص10.

(4) قاسم القوني، أنيس الفقهاء، تحقيق أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، سنة 1986م، ص197.

(5) منذر قحف، المرجع السابق، ص58.

(6) المرجع نفسه، ص62.

(7) محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص45.

(8) منذر قحف، المرجع السابق، ص 45.

والتصدق"[1]، وعرفه في نص المادة 31 من القانون 90-25 متعلق بالتوجيه العقاري كما يلي: "الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصيين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور"[2]، وعرفه كذلك نص المادة الثالثة من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم:"الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"[3]. فمن خلال استقراء المواد أعلاه نجد أن قانون الأسرة عبر عن الوقف بكلمة المال والتي تشمل المنقول والعقار، في حين جعله قانون التوجيه العقاري حكرا على العقار وحده دون غيره، على اعتبار أن هذا القانون موجه لتصنيف العقار، بينما جاء في قانون الأوقاف شاملا للعقار والمنقول والمنفعة فيما عدا ذلك، وتتفق هذه القوانين جميعا على التأبيد في الوقف وطابعه الخيري.

ثانيا: تمييز الوقف عن بعض المصطلحات

يتداخل مصطلح الوقف مع بعض المصطلحات المشابه له، كالصدقة، والهبة، والوصية، وما يهمنا في هذا الصدد هو تداخل هذه المصطلحات في إطار المفاهيم القانونية التشريعية، بعيدا كل البعد عن المتاهات والاختلافات الفقهية، لذا يستوجب تمييز الوقف عما يشابهه من المصطلحات القانونية التي وردت في تشريع الجزائري كالوصية والهبة.

1. **تمييز الوقف عن الوصية**: عرف المشرع الجزائري الوصية في نص المادة 184 أسرة[4] بأنها "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، كما عالج المشرع الجزائري في الفصل الثاني بعنوان طرق اكتساب الملكية، تصرفات التبرع الصادرة من المريض في مرض الموت في المواد 775 و776

---

(1) قانون رقم: 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24 المؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

(2) القانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر1990 يتضمن التوجيه العقاري، ج.ر عدد 49، المؤرخة في أول جمادي الأول عام 1411هـ الموافق 18 نوفمبر1990م، المعدل بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، ج.ر عدد:55 المؤرخة في27 سبتمبر1995.

(3) القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ 27 أفريل سنة 1991 المتعلق بالأوقاف، ج.ر عدد:21 المؤرخة في 8 ماي 1991م، المعدل والمتمم بالقانون 02-10 المؤرخ في 10شوال 1423 هـ الموافق لـ 14 ديسمبر 2002 م، الجريدة الرسمية عدد 83 الصادرة في 15 ديسمبر 2002 م.

(4) قانون رقم: 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

و777 مدني وبالضبط في القسم الثاني تحت عنوان الوصية[1]، رغم أن مواد هذا القسم لم تتطرق إلى أحكام الوصية، بل اكتفت بأن ألحقت هذه التصرفات بأحكام الوصية نص المادة 776 و777، وأحالت الحكم فيها إلى قانون الأحوال الشخصية نص المادة 775 مدني. فيشترك الوقف والوصية في كونهما من العقود التبرعية، والتي تتميز عموما في كونها من التصرفات المفقرة التي صنفها الفقه في خانة التصرفات الضارة ضررا محضا، وكلاهما تصرف يُخرج محل العقد من الذمة المالية للمتصرف، ففي الوصية يكون انتقال المال مؤجلا لما بعد وفاة الموصي، غير أن الملكية في الوقف لا تنتقل إلى الموقوف عليه بل تحبس، ويحتفظ الموقوف عليه بحق الانتفاع من العين الموقوفة ،كما أن نفاذ الوصية معلق على تحقق أجل الوفاة، بعكس الوقف الذي يكون كقاعدة عامة ناجزا في حياة الواقف، إلا إذا اشترط الواقف تأجيل تنفيذ وقفه إلى ما بعد وفاته، وهنا يأخذ الوقف حكم الوصية كما أسلفنا، فلا يجوز أن يتجاوز الثلث في التنفيذ وفق نص المادة 185 أسرة، وما زاد عن الثلث متعلق بإجازة الورثة؛ كما أن الرجوع في الوصية أمر جائز شرعا وقانونا بنص المادة 192 أسرة، أما في الوقف فالأصل فيه التأبيد فلا يجوز فيه الرجوع وفق القانون الجزائري ويعد باطلا إذا كان مؤقتا، والفقه مختلف في شأن الرجوع في الوقف.

2. **تمييز الوقف عن الهبة:** عرف المشرع الجزائري الهبة في نص المادة 202 أسرة بأنها: " تمليك بلا عوض"[2]؛ فوجه الشبه بين الهبة والوقف يكمن في كون كلاهما تصرف تبرعي مفقر؛ ومصنف حسب الفقه والقانون في خانة الأعمال الضارة ضررا محضا؛ ويكون محل التصرف بالهبة أو الوقف عقار أو منقول أو منفعة؛ كما يشترط القانون في المتصرف بهذه العقود الرشد وكمال الأهلية؛ ونفاذ الوقف والهبة يكون في حياة الواقف أو الواهب .

ووجه الخلاف بين التصرفين يكمن في كون أن تصرف بالهبة ينقل محل العقد من ذمة الواهب إلى ذمة الموهوب له؛ بينما في تصرف الوقف الملكية لا تنتقل إلى الموقوف عليه بل تحبس وتبقى على حكم ملك الله تعالى ابتغاء مرضاته؛ ويحتفظ الموقوف عليه بحق الانتفاع من العين الموقوفة، كما أن الرجوع في هبة أمر جائز قانونا وشرعا؛ إلا في بعض الحالات منها إذا كانت الهبة موجه إلى النفع

(1) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، بالقانون رقم: 07-05 ج.ر عدد:2007/31، المؤرخة في 2007/05/13.

(2) قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

العام نص المادة 212 أسرة جزائري(1)، والرجوع في الوقف أمر غير وارد في القانون الجزائري على اعتبار أنه يصدر على سبيل التأبيد، والأمر محل خلاف بين الفقهاء إذ أجازه الحنفية مع كراهته(2).

الفرع الثاني: خصائص الوقف

خصائص الوقف لا يمكن حصرها؛ على اعتبار كثرتها واختلاف القدرة على استنباطها وتصنيفها من فقيه إلى آخر ويمكن تقسيمها إلى قسمين: منها ماهو شرعي(3) ومنها ما هو قانوني.

أولا:الخصائص الشرعية للوقف

من الخصائص الشرعية التي يتميز بها الوقف نجد مايلي:

1. **الوقف صدقة جارية:** فالواقف يقصد بوقفه ترك رافد للحسنات لا ينقطع بعد وفاته إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وورد هذا في معنى حديث لرسول الله صلى الله عليه (4).
2. **الطابع الخيري للوقف:** يكون للوقف طابع خيري ابتداءً، في حالة تحديد وجهته الخيرية من البداية، أو انتهاءً بعد انقراض العقب في الوقف الأهلي، بتخصيص ريعه إلى مصرف من مصارف الخير كالتكفل بالفقراء ودور اليتامى والمساجد..الخ.
3. **يعتري الوقف طابع الاستحباب:** يصدر تصرف الوقف من إرادة خيرة، حرة ليس بها أي إجبار أو تكليف، كصدقة، على خلاف الزكاة مثلا التي يؤديها المسلم بتكليف شرعي.
4. **الوقف لا يعترف بالحدود الإقليمية للدولة:** خير دليل على هذه الميزة، هو ما يتمتع به الحرمين الشريفين من أوقاف عبر العالم الإسلامي وللجزائر قسم معتبر من هذه الأوقاف، حيث تتمثل أوقاف مؤسسة الحرمين الشريفين (4/3) من الأوقاف العامة(5).

ثانيا: الخصائص القانونية للوقف

للوقف جملة من الخصائص القانونية التي تميزه عن غيره من التصرفات القانونية، من بينها:

1. **الوقف حق عيني:** يرد الوقف على حق الملكية، وتسقط به ملكية الواقف، بحيث يصبح المال الموقوف غير مملوك لأحد ويثبت للموقوف عليهم حق الانتفاع بالملكية الشيء الموقوف دون

---

(1) قانون رقم: 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

(2) محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ص520.

(3) زردوم صورية، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير قانون عقاري، قسم العلوم القانونية كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2010، ص10.

(4) شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، ج12، دار المعرفة ، بيروت لبنان، طبعة 2، بدون سنة النشر، ص32.

(5) زردوم صورية، المرجع السابق، ص44.

التصرف فيه. و يخرج المال الموقوف من ملك المتبرع، مما ينجم عنه زوال كل سلطاته عليه، وهو ما أكدته المادة 17 من قانون الأوقاف المعدل والمتمم، حيث جاء فيها: "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف..."

2. **الوقف يتمتع بشخصية المعنوية:** من أهم آثار عقد الوقف خروج المال الموقوف عن ملكية الواقف إلى حكم ملك الله تعالى، فبمجرد أن ينشأ الوقف صحيحا يصبح المال الموقوف كيانا ماليا خاصا مستقلا يوجه ريعه في المحافظة عليه وصيانته واستغلاله وتنميته[1]، وهو ما عبر عليه المشرع في نص المادة 5 من قانون الأوقاف 91-10 بقوله:" الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها". وفي نص المادة 49 مدني[2]:"الأشخاص الاعتبارية هي:... - الوقف..."، وينجر عن الاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف عدة نتائج من بينها: ذمة مالية مستقلة، أهلية التقاضي، و شخص طبيعي يمثله يسمى ناظر الوقف، موطن، أهلية ضمن حدود ومضمون عقد الوقف.

3. **الوقف عقد تبرعي من نوع خاص:** يعتبر الوقف تصرف تبرعي فبموجبه تنتقل منفعة المال الموقوف من الواقف إلى الموقوف عليه على وجه التبرع دون مقابل أو عوض[3]، لأن الغاية منه هي التقرب إلى الله عز وجل، حيث تنص المادة 04 من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف على مايلي:" الوقف عقد التزام تبرع..".

4. **الوقف تصرف صادر عن إرادة منفردة:** تدفعنا هذه الخاصية إلى طرح إشكالية هل الوقف عقد أم تصرف بالإرادة منفردة؟، نص المشرع الجزائري في المادة الرابعة من القانون رقم:91-10 المتعلق بالأوقاف على أن"الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة"؛ يتضح من خلال نص المادة أن المشرع جمع بين متناقضين في تفسيره لتصرف الوقف: العقد الذي تُنْشِؤُهُ أكثر من إرادة، والتبرع الصادر بإرادة منفردة، فأي المصطلحين صحيح يا ترى؟

يفرق فقهاء القانون في هذا الصدد بين تعريفين للعقد، أحدهما عام والآخر خاص، أما الخاص فمفاده أن العقد لا ينعقد إلا بتوافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول لإحداث أثر قانوني

---

(1) جمعة محمود الزريقي، تعمير أعيان الوقف واختلاف وسائله قديما وحديثا، منتدى قضايا الوقف الفقهية الخامس، اسطنبول الجمهورية التركية، سنة 2011م، ص29.

(2) الأمر رقم 75-58 ، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

(3) زردوم صورية، المرجع السابق، ص13.

معين كالبيع والإيجار، وأما التعريف العام يفيد بأن العقد لا يحتاج إلى ركني الإيجاب والقبول لانعقاده، فهو كل تصرف يترتب عليه التزام ولو بالإرادة المنفردة كالوصية ونذر الصدقة والوقف[1].

5. **الوقف يتمتع بحماية قانونية خاصة:** في سبيل إضفاء حماية خاصة على الملكية الوقفية؛ أورد التشريع والقضاء إجراءات وتطبيقات مختلفة، خدمة لهذا الهدف، بدءا من دستور الذي يعتبر القانون الأسمى في الدولة؛ حيث نص المشرع الجزائري في المادة 2/52 [2]منه بأن: "الأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية مُعترف بها، ويحمي القانون تخصيصها"؛ و بَيَنَ المشرع كذلك في تقنين الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 عدم جواز الحجز على الملك الوقفي بنص المادة 2/636 [3]،كما نصت المادة 36 من قانون الأوقاف بأنه:" يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة متسترة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات"، وبالرجوع إلى تقنين العقوبات نجد أن التخريب والتعدي على الملك العقاري عموما مجرم بنص المواد: 386، 406، و407[4]، ويمكن تطبيق هذه المواد لحماية العقارات الموقوفة المتعدى عليها، ويسري على تخريب المال المنقول الوقفي نفس المبدأ.

وأكدت الاجتهادات القضائية هذه الحماية، حيث بينت أن الأملاك الوقفية لا تكتسب بالتقادم، وهذا في القرار رقم: 157310 الصادر عن المحكمة العليا في 1997/07/16، والذي قضي بإبطال عقد الشهرة المنصب على عقار موقوف لفائدة زاوية الهامل في بوسعادة [5].

6. **الأملاك الوقفية تعفى من الرسوم:** عقد الوقف من عقود التبرع موجه لأعمال البر والخير، وتشجيعا لهذا المبدأ، أعفى المشرع هذا التصرف من رسوم التسجيل والضرائب الأخرى طبقا لنص المادة: 44 من قانون الأوقاف فجاء فيها:" تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال البر والخير".

---

(1) محمد أبو الزهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص55.

(2) دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر عدد: 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 معدل بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ج.ر العدد: 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.

(3) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج.ر عدد: 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008م.

(4) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو **سنة**1966، ج.ر العدد: 49 المؤرخة في 11 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، بالأمر 20-01 المؤرخ في 30جويلية 2020 ج.ر العدد: 44 المؤرخة في 30جويلية 2020.

(5) صورية زردوم، المرجع السابق، ص15.

7. **الوقف عقد شكلي**: على غرار العقود الواردة على العقار، اشترط المشرع لصحة تصرف الوقف إذا كان محله عقار، إفراغ هذا التصرف في شكل رسمي تطبيقا لنص المادة 324 مكرر1 من القانون المدني[1]، وهو ما أكدته المادة 41 من قانون 91-04 المتعلق بالأوقاف حيث نصت على أنه: "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري، الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف".

المطلب الثاني: تأسيس الوقف وأنواعه

في سبيل دراسة تأسيس الوقف وأنواعه في هذا المطلب وجب تقسيمه إلى فرعين بحيث يتم دراسة أركان الوقف وشروط نفاده في الفرع الأول، ثم التعرض في الفرع الثاني إلى أنواع الوقف.

الفرع الأول: أركان الوقف شروط نفاده

إن تصرفات الإنسان القولية التي تترتب عليها أحكام شرعية وقانونية، إما أن تكون ذات منشأ تبادلي؛ تحتاج في تكوينها طرفين أو جانبين من الأشخاص، وإما أن تكون هذه التصرفات ذات منشأ أحادي فردي متعلقة بحقوق الشخص المتصرف فقط، ولم يتفق الفقه في تحديد أركان وشروط

التصرف الوقفي، بسبب اختلافه في كيفية نشأته وأمور سيتم بيانها في هذا الفرع، بالتعرض ابتدءً إلى أركان الوقف، ثم إلى شروط نفاده ثانيا.

أولا: أركان الوقف

اختلف الفقه في تحديد أركان الوقف، بسبب اختلافهم في عناصر نشأة الالتزام بالوقف نفسه، فهل يشترط فيه توافر إرادتين، أم يُكتف بإرادة واحدة[2]؛كما يعود سبب خلافهم كذلك إلى عدم اتفاقهم في تعريف مصطلح الركن[3]؛ وما يهمنا في هذا الصدد هو رأي المشرع الجزائري، الذي نص على أركان الوقف وشروطه في الفصل الثاني من القانون الأوقاف91-10 المعدل والمتمم في المواد من 9 إلى 13، وقد حدد المشرع في المادة 9 صراحة أركان الوقف حيث نصت على ما يلي: " أركان الوقف هي:

---

(1) الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(2) محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص55.

(3) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص324

1– الواقف،
2– محل الوقف،
3– صيغة الوقف،
4– الموقوف عليه،"

وهو ما يجب تناوله في هذه النقطة بالتعرض إلى صيغة الوقف أولا، ثم إلى الواقف، فمحل الوقف، وأخيرا إلى الموقوف عليه.

1. **صيغة الوقف**: في سبيل دراسة مُنهجة لهذا الفرع، وجب التطرق إلى الإيجاب المعبر عليه بالصيغة، ثم إلى شروط الصيغة، وأخيرا إلى القبول ومدى أهميته في عقد الوقف.

.1.1. **الإيجاب**: صيغة الوقف هي الإيجاب الذي يصدر من الواقف، دالا على إرادته ورغبته ويستوي في ذلك الكلام والكتابة والإشارة من العاجز عن التعبير بغيرها(1)، كما قد تأخذ الصيغة شكل الفعل إذا كان دالا في عرف الناس(2). فمجرد الإيجاب وحده يكفي لانعقاد الوقف، باتفاق العلماء، وهذا إذا كان على غير معين، ووسع الحنفية والحنابلة في هذا المفهوم حتى لو كان الوقف على معين، عكس المالكية والشافعية وبعض الحنابلة الذين يفترضون توافر الإيجاب والقبول في انعقاد الوقف إذا كان على معين(3).

ويمكن تعريف الإيجاب بأنه التعبير الذي يصدر من الواقف بأنه ينوي حبس العين عن التصرفات الناقلة للملكية، وأن تكون منفعة المال الموقوف على جهة من جهات البر(4)، فصيغة الوقف هي تجسيد للإرادة المنفردة للواقف، حيث يتطلب فيها تحديد مجال الحبس وهذا بجميع الطرق الدالة على ذلك، والمتعارف عليها في المجتمع، وتكون الصيغة واضحة حيث تُذكر فيها جميع التفاصيل، مع اشتراطات الواقف في كيفية تسيير الوقف(5).

اعتبر المشرع الجزائري في هذا الصدد الصيغة ركن من أركان الوقف في نص المادة التاسعة 9 من قانون الأوقاف، ووضع لها مجموعة من الشروط، وقد نص في المادة 12 من نفس القانون على

---

(1)محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص332.

(2) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص332.

(3) وهبة الزحيلي، الوصايا الوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق سورية، مطابقة لطبعة الثانية المزيدة، سنة 1998م، ص173.

(4) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى الجزائر، ب.ر.ط، س2010م، ص63.

(5) بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الغدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2012م، ص41.

طرق صدورها حيث قال : "تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه"، وجاء في نص المادة : 2 "على غرار كل المواد في هذا القانون، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه"، مع العلم أن التنظيم المشار إليه في نص المادة 12 لم ير النور إلى حد الساعة. وعموما فإن صيغ الوقف تأخذ الصور التالية:

.1.1. 1.**الألفاظ الصريحة**: وهي كل ما اشتق من لفظ الوقف أو ما اشتق من لفظ التسبيل والتحبيس لاشتهارهما شرعا وعرفا وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على وجه الإجمال (1). فمتى استعمل الواقف احد هذه الألفاظ صار وقفا، غير أن فقهاء الحنفية توسعوا في ذلك، حيث ذكروا ستة وعشرون لفظا للوقف، وبنو حكم كل لفظ (2).

.1.1. **2**. **الألفاظ الكنائية**: وهي كل لفظ لا يدل على التوقيف إلا بانضمام قرينة إليه، ومن ذلك تصدقت وأبدت فهي ألفاظ مشتركة تحتاج إلى قرينة تدل على نية الوقف فلفظ الصدقة يستعمل في الزكاة والهبات وكذلك بالنسبة للفظ أبدت فلابد أن ينظم لهذه الألفاظ ما يدل على قصد الواقف، كما ينعقد الوقف إذا صدر من أبكم بالإشارة المفهمة الدالة على الوقف(3).

.1.1. 3. انعقاد الوقف بالفعل الدال: والمراد بهذا المدلول، أن الوقف ينعقد عن طريق الفعل كمن يبني مسجدا أو رباطا أو مدرسة...الخ، واختلف الفقه في هذا الشأن من حيث حاجة هذا الفعل إلى لفظ لانعقاده أولا، أقر المالكية بجواز انعقاد الوقف بالفعل سواء كان خاصا بالمسجد أو غيره، وغَلَبَ جانب من الفقه العرف في ترجمة هذا الفعل كالحنفية(4)، ويكفي حسبهم مجرد الفعل لانعقاد الوقف كالإذن بالصلاة في موضع بني كمسجد، و تنوب التخلية بين الموقوف والموقوف عليه عن الصيغة(5)، لكن الشافعية أجازوا انعقاد الوقف بالفعل في حالة واحدة وهي كونه مسجدا في أرض موات(6)، ويرى الحنابلة أن الوقف لا يقع بالفعل وحده بل يجب أن يصحبه اللفظ (7).

---

(1) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص40.

(2) المرجع نفسه، ص 41.

(3) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص41.

(4)محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص43.

(5) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص175.

(6) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص43.

(7) المرجع نفسه، ص43.

.2.1. شروط صحة صيغة الوقف: عادة ما يُضَمِن الواقف صيغة الوقف شروطا، يدونها في وثيقة أو حجة الوقف، عند إنشائه للوقف، لم يتطرق المشرع الجزائري إليها لكن بإمكاننا العودة إليها بحكم نص المادة الثانية من قانون الأوقاف، التي تجيز الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتغطية أي نقص؛ وعموما صيغ التصرف تصدر من أصحابها في أشكال مختلفة منجزة معلقة أو مضافة، وهي مع هذا قد تكون مقيدة بشروط أو مجردة، وهذه الشروط منها الصحيح وغير الصحيح، وقد حدد الفقهاء شروطا وجب توافرها في صيغة الوقف لصحتها[1]، واختلفت القوانين في إقرارها لهذه الشروط، فأقرت بعضها وألغت البعض الآخر، وأضافت شرط جديد لم يذكره الفقهاء[2]، وهو ما يجب تناوله في هذه النقطة:

.2.1. 1.التنجيز : ومفاد هذا الشرط أن يكون المال الموقوف منجزا في الحال غير معلق على شرط، ولا مضاف إلى أجل في المستقبل، لأن الوقف من عقود الالتزام[3]، وتكون الصيغة مضافة إذا دلت على إنشاء الوقف من غير أن تترتب عليه أثر في الحال، بل تتأخر إلى زمن مستقبل أضيفت إليه[4]، كأن يضاف أجل استحقاقها إلى ما بعد الموت، والفقه مختلف في هذا صدد بين مقر لهذه الصيغة وبين من يلحقها بالوصية[5]، أما الصيغة المعلقة فتدل على تعليق التصرف بأمر قد يحدث في المستقبل، وهذا ما يتنافى والوقف ويعد باطلا عند بعض الفقهاء[6]، غير أن الفقه المالكي لا يشترط التنجيز[7]. لم ينص المشرع الجزائري صراحة على شرط التنجيز، إلا أنه أقر عموما بأن الوقف إذا اقترن بشرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإن الشرط يعد باطلا، ويصح الوقف بالمقابل، وهذا في نص المادة 29 من قانون الأوقاف حيث نص أنه : "لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف"[8].

---

(1) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص332.

(2) المرجع نفسه، ص332.

(3) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص67.

(4) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص333.

(5) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ، ص333.

(6) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص67.

(7) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 179.

(8) القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، المرجع السابق.

2.2.1. يجب عدم اقتران الصيغة بشرط باطل: يجب ألا تقترن الصيغة بشرط ينافي حكم الوقف ولا بأصله، بحيث يصبح باطلا[1]. فإذا اقترنت الصيغة بشرط باطل بطل الوقف، إلا أن يكون محل الوقف مسجدا، حيث اتفق جمهور الفقهاء على إلغاء الشرط الباطل، ويصبح الوقف صحيحا[2]. تطرق المشرع الجزائري إلى هذا الشرط وحكمه في نص المادة 27 من قانون الأوقاف حيث نص فيها: "كل وقف يخالف أحكام هذا القانون باطل، مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه"، فمتى اقترنت الصيغة بشرط باطل لا يصح الوقف ولا يترتب عليه أي أثر، ويميز الحنفية بين ثلاثة أنواع من الشروط [3] :

- الشرط الباطل: وهو الذي ينافي مقتضى الوقف، وحكمه أنه يبطل به الوقف في غير المسجد، فجمهور الفقهاء اتفقوا على أنه لا يتأثر الوقف بالشرط الباطل حيث يصح الوقف ويلغى الشرط.
- الشرط الفاسد: وهو ما يُخل بالانتفاع بالموقوف أو يُخل بمصلحة الموقوف عليه أو هو ما يخالف الشرع، وحكمه أنه لا يبطل الوقف و إنما يبطل الشرط و يصح الوقف.
- الشرط الصحيح :وهو الذي لا ينافي مقتضى الوقف و لا يخل بالمنفعة ولا يعارض الشرع وحكمه وجوب إتباعه و تنفيذه، وقد أورد الفقه في هذا الصدد عشرة شروط اعتاد الواقفون اشتراطها في عقد الوقف، وهي صحيحة تهدف في العموم إلى أن يحتفظ الواقفون لأنفسهم بحق استبدال أعيان الوقف أو بحق التغيير في مصارف الوقف[4]، و كثر ورودها في حجج وكتابات أوقاف المتأخرين وهي: الزيادة والنقصان، والإدخال والإخراج، والإعطاء والحرمان، والإبدال والاستبدال، والتغيير والتبديل[5].

3.2.1. يجب أن تفيد الصيغة التأبيد: تضاربت الآراء الفقهية بشأن هذا الشرط في مسألتين الأولى متعلقة بالتأبيد نفسه، والثانية بذكر التأبيد في الصيغة وهو ما يجب دراسته باختصار في هاتين النقطتين:

---

(1) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص68.

(2) المرجع نفسه، ص68.

(3) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص42 .

(4) سمير صبحي، أحكام الوقف في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص77.

(5) أحمد قاسمي، الوقف ودوره في التنمية البشرية مع دراسة حالة الجزائر، مذكرة ماجستير في علوم التسيير تخصص نقود ومالية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، سنة 2008، ص17 – محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق 147.

- الاختلاف في مسألة التأبيد: الوقف حسب الحنفية(1) والشافعية والحنابلة مؤبداً(2)، فيبطل الوقف باتفاق الأحناف إذا كان مؤقتا(3)، وهو رأي أبو يوسف الذي اكتفي بخلو الصيغة من التأقيت، لأن لفظ الوقف حسبه دال على التأبيد، غير أن المالكية والشيعة الإمامية ذهبوا إلى أنه لا يشترط في الوقف التأبيد، فيجوز الوقف لأجل معلوم، ثم يرجع محل الوقف ملكاً للواقف أو لغيره(4)، ويعود للواقف حرية التصرف كما كان قبل الوقف(5)، ويري ابن عابدين جواز الرجوع في الوقف مع كراهيته(6).

- ذكر التأبيد في الصيغة: لم يشترط أبو يوسف ذكر التأبيد، واكتفي بخلو الصيغة من التأقيت، عكس ما ذهب محمد بن الحسن إلى أنه يشترط ذكر التأبيد في الصيغة، إلا أن الشافعية والحنابلة لا يشترطان ذكر التأبيد في الصيغة، لأن الوقف حسبهم مؤبداً حتى لو كان محل الوقف لا يتأبد كالمنقول، فمعنى التأبيد عندهم يكون في كل عين بما يناسبها، فينتهي الوقف إذا كان محله منقول بتلفه، وأقروا بجواز الاستبدال في المنقول التالف، باعتباره طريقة لدوامه(7).

أخذ المشرع الجزائري برأي غالبية الفقه الذين يشترطون حكم التأبيد في الوقف، على خلاف رأي الإمام مالك الذي يجيز أن يكون الوقف مؤقتا لمدة معينة، ينتهي الوقف بانتهائها، وتعود للواقف حرية التصرف في محل الذي كان وقفا(8)، فقد جاء في نص المادة 3 من قانون الأوقاف ما يلي: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق .." ، وجاء في نص المادة 28 من نفس القانون:" يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن"؛ والمادتين السالفتين هما تأكيد لرأي المتبنى من قبل المشرع الجزائري في قانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري(9) حيث نصت المادة31 منه مُعرفة للأملاك الوقفية العقارية:"الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع جمعية خيرية.." فلفظ دائما يفيد الديمومة والتأبيد.

---

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص174.

(2) محمود السرطاوي، المرجع السابق، ص5.

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص174.

(4) محمود السرطاوي، المرجع السابق، ص5 - محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص59.

(5) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص336.

(6) محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ص520.

(7) محمود السرطاوي، المرجع السابق، ص6.

(8) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص336.

(9) القانون رقم 90-25، المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

من الفقهاء من يدرج الرسمية كشرط من شروط الصيغة، لكن وباعتبار أن المشرع الجزائري أدرج الرسمية كشرط من شروط صحة الوقف لم يتم التطرق إليها، وتجدر الإشارة إلى وجود شروط أخرى كالإلزام[1]، وبيان أو ذكر المصرف عند الشافعية[2]، اختلف الفقه بشأنها ولم يدرجها المشرع الجزائري لذا لم يتم التطرق لها.

.2.1. **القبول**: وهي الصيغة التي تقابل الإيجاب، أو التعبير الذي يصدر ممن وجه إليه الإيجاب، على أنه موافق على ما سيوقف عليه[3]، اختلف الفقهاء في لزوم القبول لصحة الوقف، وقد أجمعوا خلاف بعض الشيعة الإمامية، إلى أن الوقف إذا كان في أول طبقاته على جهة غير محصورة، يُكتفى في إنشائه بالعبارات الدالة على الالتزام من جانب واحد، ولا يحتاج في لزومه إلى قبول من جانب آخر[4]؛ أما إذا كان الوقف على جهة يتوقع منها صدور القبول كشخص معين أو طبقة محصورة، فللفقهاء تفصيل في ذلك:

فالحنفية: يرون بأن القبول ليس بركن ولا بشرط لصحة الوقف أو لاستحقاقه، فلو سكت الموقوف عليه استحق ريع الوقف، وإن اعتذر على قبوله فإن الوقف لا يلغى بل يصرف لصالح الفقراء[5].

المالكية: يرون بأن القبول شرطا للاستحقاق، فإن وافق استحق الغلة، وإن ردها انتقلت إلى الجهة التالية، أو تعود إلى الواقف[6]، وأضاف الإمام أبو زهرة في هذا الصدد بأن محل الوقف يعود للواقف إن كان حيا، ولوارثه بعد وفاته، أو يعود للفقراء باجتهاد من الحاكم[7].

أما الشافعية: فيشترطون أن يكون القبول متصلا بالإيجاب في الصحيح من المذهب عندهم[8]، ففي فقه الشافعية أنه في الوقف على المعين، لا يصوغ أن تدخل الغلات في ملكه جبرا عنه، بل إنه يرتد بالرد[9].

---

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص179.

(2) المرجع نفسه، ص 181.

(3) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص63.

(4) محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص56- محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص44.

(5) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص44- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص62.

(6)محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق ، ص44.

(7) محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص60.

(8) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق ، ص44 - محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص56.

(9) محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص56.

الحنابلة: لا يشترطون ذلك مطلقا، فلا يبطل الوقف برده، سواء أكان الوقف على معين أم كان على غير مُعين، فقبوله ورده سواء، وفي رواية أخرى في المذهب عندهم، يشترط القبول إذا كان الوقف لشخص معين قياسا على الهبة والوصية(1).

المشرع الجزائري قبل عدوله عن الوقف الذري كان يرى أن الموقوف عليه يستوي أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، واستحقاق الموقوف عليه لمحل الوقف متى كان شخصا طبيعيا يتوقف على وجوده و قبوله لمحل الوقف، ولم يشترط ذلك في الشخص المعنوي، وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف قبل تعديلها بحيث نصت على الآتي: " فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده و قبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية"، رغم أنه صرح في الفصل السابع والأخير بعنوان أحكام مختلفة في نص المادة 46 على شرط القبول في الوقف بوجه عام والسلطة المكلفة به ونص على مايلي: "السلطة المكلفة بالأوقاف هي الجهة المؤهلة لقبول الأوقاف، وتسهر على تسييرها وحمايتها"، وعدم قبول الوقف من قبل الشخص الطبيعي، لا يبطل الوقف ويرجعه إلى ذمة الواقف بل يصير وقفا عاما حسب نص المادة السابعة 7 من قانون الأوقاف قبل التعديل حيث نصت على الآتي: " يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم".

لكن المشرع الجزائري تخلى على شرط القبول بتخليه عن الوقف الذري، بموجب تعديل قانون الأوقاف وإلغائه لنص المادة السابعة وتعديل نص المادة 13 من قانون الأوقاف، حيث قصر مفهوم الموقوف عليه في الشخص المعنوي دون غيره، وأصبح نص في المادة 13 على الشكل الآتي:" الموقوف عليه، في مفهوم هذا القانون، هو الشخص معنوي، لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

ونجد في التشريعات المقارنة أن القانون المصري أبقى على صورة وحيدة للقبول في الوقف لاستحقاقه، وهي حالة أن يكون الموقف عليه جهة خيرة لها من يمثلها قانونا نص المادة 09 من قانون الأوقاف المصري وهو رأي معقول باعتبار أن الجهة الخيرية يكون لديها من يمثلها قانونا، فإذا لم يقبل هذا الأخير تحول الانتفاع بالوقف إلى جهة التي يليها إن وجدت، وإلا عُدَ الوقف منتهيا(2).

2. **المال الموقوف (محل الوقف)** يشترط في الموقوف ليصح الوقف أن يكون: مالا مُتَقَوِمًا، معلومًا، مملوكا للواقف حين وقفه ملكا تاما، مفرزا غير شائع، فهي شروط أربعة نفصلها فيما يلي:

---

(1) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص44.

(2) قانون أحكام الوقف رقم (48) مستخرج من الوقائع المصرية العدد: 61 مصر 1946/06/17.

1.2 **أن يكون مالا متقومًا**: يجب أن يكون محل الوقف مالا متقومًا[1]، وأضاف الحنفية لهذه الشروط ضرورة أن يكون هذا المال عقارا[2]، والمالية تتحقق بإمكانية حيازة المال والانتفاع به على وجه المعتاد والتَّقَوُمْ يكون بِحِلِ الانتفاع به شرعا [3]، لأن الغرض المقصود من الوقف هو حصول الانتفاع للجهة الموقوف عليها من محل الوقف، وحصول الواقف على الثواب، وحسب الحنفية لا يصح وقف ما ليس بمال كالمنافع وحدها دون الأعيان، كالحقوق المالية مثل حق الارتفاق، لأن الحق ليس بمال عندهم، كما لا يجوز وقف المنقول لأنه لا يتأبد، إلا ما جرت عليه العادة كالكتب وأدوات الجنازة[4].

2.2 **أن يكون الموقوف معلوما وقت وقفه علما تاما**: فيجب أن يكون محل الوقف معلوما معين المقدار، ويستوي أن يكون محل الوقف المعلوم ونافي للجهالة عقار أو منقولا أو منفعة...الخ، فلا يصح وقف المجهول لتفادي النزاع[5]، والفقهاء لا يشترطون في وقف العقار بيان حدوده ومساحته، لكن القانون يفترض ذلك لأن الملكية العقارية لا تثبت إلا بالتسجيل والتوثيق وبيان الحدود والمساحة[6]. ونفس الشيء ينطبق على المنقول وما عداه، حيث أن الفقه لا يشترط أي إجراء شكلي لصحة الوقف، إلا ما اشترطه القانون، فوقف السيارة والأسهم مثلا يختلف عن وقف الكتب والثلاجات، فالمهم هو تعيين محل الوقف تعيينا ناف للجهالة بما يوافق القانون، وبهذا قضت الفقرة 2 من المادة 11 من قانون الأوقاف: " يجب أن يكون محل الوقف معلوما محددا ..".

3.2 **أن يكون مملوكا للواقف حين وقفه ملكا تاما**: وعبر بعض الفقه "مملوكا للواقف حين وقفه ملكا باتا لازما"[7]، على اعتبار أن الوقف" إسقاط أو تبرع، وكل منهما لا يكون إلا بعد ملك، فإذا لم يوجد الملك، أو وجد ملك غير لازم، فالتصرف فيه بالوقف غير صحيح"، ومن أمثلة ذلك وقف الموصى له بمحل الوصية قبل وفاة الموصي، أو وقف الموهوب له لمحل الهبة قبل قبض أو استلام الهبة، لأن الملكية في الهبة لا تكون إلا بالقبض، وقف المشتري لعقار، ظهر أن بائعه باع ما لا يملك، أو أن يوقف شخصا عقارا قبل تسجيله، فهذا الوقف غير صحيح لأن الوقف في العقار لا يثبت

---

(1) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص357 .

(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص160.

(3) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص357

(4) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص161.

(5) المرجع نفسه، ص161.

(6) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص358.

(7) المرجع نفسه، ص358.

إلا بالتسجيل[1]، ولا يصح وقف المرهون والمأجور إذا تعلق حق الغير به، لأن في هذا الوقف إبطال لحق المرتهن في محل الوقف، إلا أن يكون قاصدا وقفه بعد الخلاص من الرهن[2].

وقد أقر هذا الشرط المشرع الجزائري في نص المادة 10 من قانون الأوقاف حيث اشترط لصحة محل الوقف لكي يكون التصرف فيه بالوقف صحيحا، ملكيته للواقف ملكية مطلقة وهذا بقوله: " يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي: " 1– أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا ".

4.2 **أن يكون المال الموقوف مفرزا غير شائع في غيره إذا كان قابلا للقسمة:** حسب الفقه فأن:"الشائع والمشاع هو المال المشترك غير المقسوم، والشيوع في المالية هو الشركة، والإفراز هو تخليصه من غيره بحيث يزول الاشتراك"[3]، كما عرفت الملكية الشائعة بأنها "ملكية تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد، ومحل الشيوع قد يكون حق الملكية أو حق من الحقوق العينية كحق الارتفاق وحق الانتفاع وحق الرقبة"[4]، كما لو اشترك اثنان في ملكية دار، ولم يتفقا على إفراز نصيبهما، فلكل منهما حصة شائعة فيها، وينقضي الشيوع بأسباب عارضة لا يقصد منها في الأصل إنهاء الشيوع؛ منها العقد المنهي للملكية، كبيع أحد الشريكين نصيبه على الشيوع للمالك الآخر، أو بيع المالكان معا المال الشائع لمشتر واحد، كما قد يكون الميراث سببا لانقضاء الشيوع، كأن يرث أحد المالكين حصة المالك الآخر، أو الوصية كأن يوصي احد المالكين في الشيوع للمالك الآخر بحصته الشائعة[5]، أما السبب الرئيسي الذي يقصد به أصلا ومباشرة انقضاء وإنهاء حالة الشيوع هو القسمة[6]؛ ويميز الفقه بين نوعان من المشاع؛ ما يقبل القسمة وما لا يقبل القسمة[7].

ومعنى وقف المشاع وقف الحصة الشائعة في غيرها، والفقه لم يتفق في جواز هذا التصرف، فمنهم من أجازه، ومنهم من اشترط لصحة الوقف أن يكون المال الموقوف مفروزا غير شائع[8]،وقد تبنى المشرع المصري الرأي القاضي بصحة وقف المشاع القابل للقسمة، وغير القابل للقسمة في غير

---

(1)محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص359.

(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص163.

(3) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص359.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص796.

(5)المرجع نفسه ، ص803.

(6) المرجع نفسه، ص804.

(7) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 360.

(8) المرجع نفسه، ص360.

المسجد والمقبرة تماشيا والمذهب الحنفي [1]، إلا أنه تراجع عن هذا الرأي؛ باعتبار المنازعات الكثيرة، التي تعتري هذا النوع من الوقف والتي تؤدي إلى خرابه[2]، واكتف بجواز وقف المشاع الذي يقبل القسمة.

نص المشرع الجزائري على وقف المشاع في فقرة وحيدة من نص المادة 11 من قانون الأوقاف وهي الفقرة 3 فجاء فيها ما يلي: "ويصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة"؛ فقد اعترف المشرع بصحة وقف المشاع؛ ولكن في حالته الوحيدة وهي حالة المشاع الذي يقبل القسمة، أخذا برأي المذهب المالكي الذي يفترض في المال الموقوف أن لا يتعلق به حق الغير[3].

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن بعض الباحثين تبنوا رأي جمهور الفقهاء برجحان القول بجواز وقف المشاع مطلقاً؛ ما يقبل القسمة وما لا يقبل القسمة في العقار والمنقول، وذلك تشجيعاً على أعمال البر، وتحقيقاً لمقصد نصوص الشريعة والواقف في البذل بقصد التقرب إلى الله تعالى، تحقيقا للأجر والثواب الجزيل، ويمكن تدليل منازعات وصعوبات استغلال هذا النوع من الوقف بالتشريعات الإدارية[4].

5.2 **أن يكون محل الوقف مشروعا**: فلا يصح وقف ما كان الانتفاع به غير مباح، كوقف آلات الملاهي، لأن المنفعة منها غير مباحة، فصحة محل الوقف مرتبطة بمشروعية المنفعة المرجوة منه، واستيفاء المنفعة يكون بتحصيلها كسكنى الدار وركوب الدابة وزراعة الأرض، أو تحصيل الثمار وصوف والوبر والألبان[5]، كما يجوز وقف الحلي للبس والإعارة، وقد اختلف الفقه في مشروعية وقف سباع البهائم، وجوارح الطير التي تصلح للصيد[6].

وقد نص المشرع الجزائري عن هذا الشرط، في الفقرة 2 من المادة 11 من قانون الأوقاف فجاءت على هذا النحو التالي: "ويجب أن يكون محل الوقف... ومشروعا ".

3. **الواقف** : وهو الشخص الذي ينشأ الوقف، ويعتبر تصرف الوقف خطيرا باعتبار أنه من عقود التبرع فعبر عنه بعض الفقه بأنه:"إما إسقاط أو تبرع، وفي كل إخراج لملكه لا في نظير

(1) محمود السرطاوي، المرجع السابق، ص14.
(2) المرجع نفسه، ص14.
(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص162.
(4) محمود السرطاوي، المرجع السابق، ص16.
(5) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص163.
(6) المرجع نفسه، ص164.

عوض"[1]، لذلك يلزم لصحته أن يكون الواقف بالغ لسن الرشد مظنة كمال العقل[2]، أي يكون ممن تتوافر فيهم أهلية التبرع[3]، وهي أهلية أداء الكاملة، محددة في القوانين الوضعية ببلوغ سن معينة، ويجب أن تتوافر في الواقف مجموعة من الشروط اختلف الفقه في تعدادها ومضمونها وهي في العموم ، العقل، الرشد، الحرية الاختيار:

1.3 **بلوغ الواقف سن الرشد:** الرشد لغةً بمعنى الصلاح والهدى إلى صواب الأعمال[4]، والفقه لم يحدد للرشد سن معينة، فقد يصاحب البلوغ وقد يتأخر عنه قليلا أو كثيرا فمناط الحكم على الشخص بالرشد عندهم هو تحقيق حسن تصرفه على مقتضى العقل والشرع، وهذا المعيار محل خلاف؛ ويتحقق الرشد قانونيا ببلوغ سن معينة، اختلف الفقه في تعيينها وكذلك القوانين الوضعية، وهي عند أغلب الفقه 15 سنة[5]، و في القانون المصري 21 سنة والسوري 18 سنة[6]، وعند المشرع الجزائري 19 سنة بنص المادة 40 مدني، بنصها: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية "، وجاء في الفقرة الثانية:" وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة".

ويُفرق المشرع الجزائري في القانون المدني باعتبار السن بين الصبي المميز الذي يبلغ سن 13 سنة ولم يبلغ سن الرشد المحددة ب19 سنة، وغير المميز الذي يقل عمره عن 13 سنة، و يعرف بعض الفقه غير المميز بأنه الصبي الذي لا يعرف معني العقود[7]، وهو بذلك ليس أهلا للتصرفات مطلقا[8]، والمميز هو الصبي الذي يعرف معنى العقود وخاصة المشهورة منها كالهبة والبيع والشراء، إلا أنه ليس أهلا لتبرع[9]، والتصرف بالوقف الصادر من الصبي المميز وغير المميز يعتبر غير صحيح بالإطلاق حتى ولو أذن بها الوصي، بنص المادة 30 من قانون الأوقاف، التي جاء فيها: "وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي".

---

(1) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص346.
(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص155.
(3) المرجع نفسه، ص153.
(4) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص346.
(5) المرجع نفسه، ص346 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص154 - محمد أبو الزهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق ص130.
(6) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص154.
(7) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص71.
(8) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص345.
(9) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص70.

2.3 **العقل**: بالإضافة إلى شرط بلوغ سن 19 حتى يعتبر الواقف راشدا ويصح وقفه، يجب أن يكون الواقف عاقلا، فصحة التبرعات تتوقف على كمال العقل[1]، وهذا ما جاء في نص المادة 40 مدني :"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية "، فيجب أن يكون رضا الواقف سليم من عوارض الأهلية التي يمكن تقسيمها إلى قسمين من حيث الأثر؛ فالجنون والعته يعدمان الأهلية بنص المادة 42 مدني؛ والسفه والغفلة ينقصاها حسب نص المادة 43 مدني[2]، فلا يصح الوقف من فاقد العقل كالمجنون أو ناقصه كالمعتوه، فالإسقاطات تتوقف على كمال العقل[3]، ولا يصح وقف مختل العقل بسبب مرض أو كبر، لأنه غير سليم العقل، وتصرف الوقف يتطلب العقل والتمييز[4]، وبين المشرع الجزائري ضرورة سلامة إرادة الواقف من أي عيب، يمكن أن يكون سببا للحجر، وذكر سببين أحدهما السفه، ويمكن تعريفه: "هو الذي ينفق أمواله في وجوه لا تتفق مع العقل والشرع، فيكون بذلك مبذرا ومتلافا"[5]، فمن ثبت سفهه، يحجر عليه ويعتبر تصرفه باطلا بالإطلاق.

كما بين المشرع الجزائري بنص المادة 31 من قانون الأوقاف، بأن تصرف الوقف مناطه أهلية التسيير التي يفتقدها المجنون والمعتوه؛ مما يُعَرِضُ تصرفهما للبطلان، باستثناء الوقف الصادر من شخص يتصف بالجنون المتقطع، إذا ثبت بإحدى الطرق الشرعية، صدوره في حالة الاستفاقة ، فجاءت المادة 31 على هذا النحو: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية"، و أغفل المشرع ذكر حكم التصرف الصادر من ذو الغفلة.

2.3. أن يكون الواقف حرا ومختارا: أغلب الفقه متفق في ضرورة أن يكون الواقف مختارا، فلا يصح الوقف من مكره[6]، أو مجبر دون إرادة حرة[7]، فيجب أن يكون الواقف راضيا مختارا فيما هو مقدم عليه، بالإضافة إلى لإكراه، فأنه لا يصح الوقف ممن وقع في عيب من عيوب الرضا الأخرى؛ كالغلط والتدليس.

---

(1) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص71.
(2) الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.
(3) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص345.
(4) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص155.
(5) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص346.
(6) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص155.
(7) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص72.

3.3. **أن لا يكون الواقف محجور عليه لدين**: حسب الحنفية لا ينفد وقف المفلس إلا بإجازة الدائنين إذا استغرق الدين ماله سواء حجر عليه أو لم يحجر، في حال مرض الموت أو في حال الصحة، وإذا لم يستغرق ماله فوقفه صحيح ونافد لعدم مصادمة حق الدائنين[1]، وقد نص المشرع الجزائري على حالة المدين المحجور عليه في الفقرة الثالثة من نص المادة 10من قانون الأوقاف وأغفل باقي الحالات فنص على مايلي:(..... 2-أن يكون ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين).

6.3. **أن لا يصدر تصرف وقف في مرض الموت**: جل المذاهب متفقة على حجر المريض لحق الورثة في تبرعاته فقط فيما يزيد عن ثلث تركته، فلا تصح تبرعاته من وقف فيما زاد عن الثلث ماله رعاية لحق الورثة في التركة[2]، وكرس المشرع هذا المبدأ في نص المادة 32: "يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه"، الملاحظ من هذه العرض أن المشرع الجزائري قد ركز على الواقف المجنون والمعتوه والسفيه والصبي، مميزا كان أو غير مميز، و واعتبر تصرفهم غير صحيح، وهذا في المواد 10، 30 و31 من قانون الأوقاف، باستثناء صاحب الجنون المتقطع الذي يعتبر سلوكه صحيحا أثناء إفاقته وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية، وهذا ما جاء في نص المادة 31، كما تناول تصرف الواقف أثناء مرض الموت في نص المادة 32، وأجاز للدائنين حق طلب إبطال الوقف في حالة استغراق الدين لكل أمواله ، وربط صحة وقف المدين في المادة 10 السالفة الذكر بعدم الحجر عليه بسبب هذا الدين، ولكنه سكت عن ذكر حالات عدة منها:

- حكم التصرف بالوقف الصادر من المدين غير المحجور عليه وهو في كامل صحته،
- حكم التصرف بالوقف الصادر من ذو غفلة أو المغفل وهو "الذي يغبن في البياعات، ولا يهتدي إلى الرابح منها لجهله بشؤونها"[3].
- كما أن المشرع الجزائري لم يعالج وقف غير المسلم،

4. **الموقوف عليه**: الموقوف عليه هو الجهة الموقوف عليها أو الجهة المستفيدة من الوقف، والتي يراد تحقيق كفايتها وسد حاجاتها من خلال ريع الوقف وأرباحه[4]، والوقف في أصل تشريعه صدقة

---

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص154.

(2) المرجع نفسه، ص155.

(3) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص346.

(4) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص52.

كما أوردنا سابقا، فهو عمل يقصد به القربى إلى الله، وفي هذا الصدد يجب أن تكون الجهة الموقوف عليها جهة مأمور الإنفاق عليها في سبيل الله(1)، والموقوف عليه إما معين أو غيره(2)،" فالمعين: واحدا أو اثنان أو جمع، وغير المعين أو الجهة : مثل الفقراء والعلماء والقراء والمجاهدين والمساجد والكعبة والرباط والمدارس والثغور وتكفين الموتى"(3)، ولكل منهما شروطه الخاصة به.

عرف المشرع الجزائري الموقوف عليه بأنه الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف واشترط في الموقوف عليه أن يكون شخصا معنويا معلوما؛ ويتضح ذلك من خلال نص من نص المادة 13 من قانون الأوقاف بعد تعديلها على النحو التالي: "الموقوف عليه، في مفهوم هذا القانون، هو شخص معنوي، لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية"، وهذا طبعا بعد عدول المشرع عن الوقف الذري، واقتصاره على تنظيم الوقف الخيري، الذي يكون فيه الموقوف عليه شخص معنوي فقط، واشترط المشرع لصحته شرط وحيد، وهو أن لا يشوبه ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه فالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص هذه المادة وإلى نص المادة 2 من قانون الأوقاف، أمر ضروري لتحديد أحكام وشروط الموقوف عليه ويرجح المشهور في المذهب المالكي باعتبار هذا المذهب هو المتبع في الجزائر، وإذا لم يوجد الرأي المشهور للمالكية أو لم يوجد إطلاقا، فإنه لا مناص من اعتماد الرأي المشهور في المذاهب الإسلامية الأخرى، خاصة وأن نص المادة 2 من قانون الأوقاف لم تحدد المذهب المرجعي.

ثانيا: شروط نفاذ الوقف

إن توافر أركان الوقف بمختلف شروطها لا يكف لينشأ العقد صحيحا، خاصة إذاكان محل العقد عقارا أو حقا من الحقوق الوارد عليه، وهو الغالب في الأمر، لأن المشرع يلزم توافر شروط أخرى إلى جانب الأركان، أسماها الفقه شروطا لنفاذ الوقف، وهي نفس الشروط التي يوجبها المشرع عموما للانتقال العقار من ذمة إلى أخرى وتعد هذه الأخيرة إجراءات شكلية جوهرية في نشأة بعض العقود، وهي الرسمية والتسجيل و الإشهار وهو ما يجب دراسته في هذه النقطة

1. **الرسمية**: مصطلح الرسمية لا يوجد له أصل في كتب فقه الوقف، لكن فرضها المشرع الجزائري وجل التشريعات المقارنة، كإجراء شكلي جوهري لانعقاد بعض العقود، نظرا لأهميتها، من بينها

(1) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص352.

(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص165.

(3) المرجع نفسه، ص164.

العقود التي يكون محلها عقار، وهذا طبقا لأحكام القانون المدني، من خلال نص المادة 324 مكرر 1[1] والتي تلزم تحت طائلة البطلان إفراغ التصرف المنصب على عقار في شكل رسمي، ونصوص قانون الأسرة التي فرضت هذا الشرط للإثبات قياسا على الوصية بحيث أحال نص المادة 217 أسرة إلى نص المادة 191 المتعلقة بالوصية[2]؛ ونص المادة 41 من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف على مايلي: " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف"، على اعتبار أن أغلب الأوقاف عبارة عن عقارات وبهدف التنسيق بين المعاملات القانونية التي يكون محلها عقار، فرض المشرع إفراغ التصرف الوقفي الذي محله عقار في شكل رسمي وهذا الشرط متعلق بالأوقاف التي نشأت بعد صدور قانون التوثيق.

2. **التسجيل**: بالإضافة إلى شرط الرسمية الذي فرضه المشرع في التصرف العقاري بوجه عام وعلى الوقف بوجه خاص نجد أن المشرع فرض شرط ثاني وهو وجوب تسجيل المعاملة العقارية عموما والوقف بالخصوص لدى المصالح التسجيل المختصة التسجيل إقليميا؛ إذ نصت المادة 41 من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف على مايلي: " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف"، والتصرف الوقفي في هذا الصدد معفي من مصاريف التسجيل، طبقا نص المادة 44 من قانون 91-10 المعدل والمتمم باعتباره عملا من أعمال البر والإحسان.

3. **شهر عقد الوقف**: بالإضافة على الرسمية والتسجيل أوجب المشرع لنفاذ عقد الوقف إخضاعه للشهر لدى المصالح المختصة ويصبح هذا الأخير حجة في مواجهة الغير ابتداء من تاريخ شهره لدى مصالح الشهر العقاري، وهذا على غرار التصرفات التي يكون محلها عقار، حسب نص المادة 793 مدني "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار" ونص المادة 100 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس

(1) الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(2) قانون رقم: 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

السجل العقاري المعدل والمتمم[1]. وكذا المرسوم رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري[2]، حيث نصت المادة 15 منه على:"كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية.."

الفرع الثاني: أنواع الوقف

يختلف نوع الوقف باختلاف الاعتبارات التي ينظر منها، فقد يقسم الوقف بحسب جهة المصرف إلى وقف خيري ووقف ذري أو بتعبير آخر أوقاف عامة وأوقاف خاصة، وقد يقسم بحسب الزمن إلى مؤبد ومؤقت، كما قد يتعدد محل الوقف من عقار إلى منقول إلى منفعة، أو صكوك أو أسهم وقفية، وهو ما يجب تناوله في النقطتين التاليتين: دراسة أقسام الوقف باعتبار أطرافه كنقطة أولى، ثم أقسام الوقف باعتبار المحل وباعتبار الصيغة، ونجد في هذا الصدد أنواع أخرى للوقف مثالها:الوقف المضبوط وهو الذي تتولى جهة رسمية تسييره دون وكيل، والوقف الملحق وهو الوقف الذي يتولى الواقف أو من ينوب عنه الإشراف على الوقف[3]،

ولما كان موضوع البحث محل المذكرة هو التصرف في الملك الوقفي، أضحى التوسع في أنواع الوقف أمر ضروري لتبيان أثر هذا التنوع في التصرف الوقفي وكيف تعامل معه المشرع الجزائري.

أولا: أقسام الوقف باعتبار أطرافه

المقصود بأطراف الوقف في هذا الصدد، الواقف الذي قام بتصرف الوقف لصالح الموقوف عليه المستفيد من الوقف، والذي يعتبر بدوره طرفا ثانيا في الوقف.

1. **أقسام الوقف باعتبار الواقف**: نميز بين نوعين من الأوقاف باعتبار شخص الواقف هما:

.1.1. الواقف شخص طبيعي: وهو إما فردا معينا وهو المألوف، أو جماعة من الأشخاص، ويسمى هذا الأخير بالوقف الجماعي.

---

(1) المرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر العدد الرسمية العدد 30 المؤرخة في 13 أبريل1976 المعدل والمتم بالمرسوم التنفيذي 93-123 ج.ر العدد 34 المؤرخة في 23 مايو1993.

(2) المرسوم رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية العدد 92 المؤرخة في 18 نوفمبر1975.

(3) إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصاد قانونية، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي إدارة البحوث، ط الأولى، 1430هـ - 2009م، ص39-40.

.2.1. الواقف شخصية معنوية "الحكمية أو الاعتبارية": كأن تقوم مؤسسة أو شركة أو جمعية ونحوها بإنشاء وقف[1].

2. **أقسام الوقف باعتبار الموقوف عليه:** ينقسم الوقف على اعتبار الموقوف عليه أو جهة المصرف إلى قسمين مهمين هما: الوقف خيري وذري – الأهلي- وأضاف الفقه قسمين آخرين هما: الوقف المشترك الذي يجمع بين القسمين السالفي الذكر، وقسم أخير أطلق عليه الفقه اسم وقف الإرصاد، ويكون فيه الواقف هو السلطة الحاكمة، ونشير إلى أنه هذه التقسيمات لم تكن معروفة في العصور الأولى للإسلام، أين عرفت الأوقاف آنذاك بالصدقات[2]، وسوف نتناول هذه الأقسام في النقاط الأربع التالية :

1.2 الوقف الخيري: وهو حبس العين على أن تملك لأحد من العباد والتصدق بمنفعتها ابتدءا أو انتهاء على جهة بر لا تنقطع[3]. كما عرف محمد مصطفى شلبي بأنه:"ما جعل ابتداء على جهة من جهات البر ولو لمدة معينة، ويكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين"[4] فالوقف الخيري ما كان مسبلا في أعمال الخير لصالح المسلمين، كالمساجد والمعاهد والجامعات دون تحديد أشخاص أو الجهات الموقوف عليها، ونص القانون الجزائري على الوقف الخيري وسماه الوقف العام في نص المادة السادسة من القانون الأوقاف فقال: " الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات"[5]، وسمي بالوقف العام لأنه تنتفع منه شرائح العامة من المجتمع[6].

2.2 الوقف الأهلي (الذري): وهو" ما جعل أول الأمر على معين سواء كانوا واحدا أو أكثر، معينين بالذات كأحمد وإبراهيم ومحمود أولاد فلان، أو معنيين بالوصف كأولاد فلان، سواء كانوا أقارب أو لا، ثم بعد هؤلاء المعينين على جهة البر..." [7]،كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: " الذي يوقف في ابتداء الأمر على نفس الواقف أو أشخاص معينين ولو جعل آخره لجهة

(1) أحمد قاسمي، المرجع السابق، ص17.

(2)محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص319.

(3) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص36.

(4) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ،ص318.

(5) القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(6) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص36.

(7) محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 318.

خيرية، كأن يقف شخص على نفسه ثم على أولاده ثم من بعدهم على جهة خيرية"[1]، ونص المشرع الجزائري على هذا النوع من الوقف في المادة: 6 فقرة 2 من قانون 91-10 قبل تعديله بموجب القانون رقم 02-10 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف[2]، والذي ألغى بموجبه المشرع الوقف الذري، ويظهر أن الوقف استخدم وسيلة للتحايل على الشرع، حيث روي عن أمنا عائشة أنها إذا ذكرت صدقات الناس وإخراج الرجال بناتهم منها تقول: ما وجدت للناس اليوم من صدقاتهم إلا كما قال الله عز وجل: " وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَٰذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا وَإِن يَكُن مَّيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَاءُ "[3]، وقالت:" والله إنه ليتصدق الرجل بالصدقة العظيمة على ابنته، فترى غدارة صدقته عليها وترى ابنته الأخرى، وإنه ليعرف عليها الخصاصة لما أبوها أخرجها من صدقته[4]. أنكر بعض الفقهاء صفة الوقف عن هذا القسم واعتبره خارجا عن الهدف الذي شرع من أجله الوقف في الإسلام، وفي ذلك يقول الشوكاني: من أوقف شيئا مضارة لوارثه كان وقفه باطلا [5].

3.2 الوقف المشترك: وهو ما كان فيه نصيب خيري ونصيب ذري، أو هو الذي يجمع بين الوقف الخيري والوقف الأهلي، كأن يوقف العقار مناصفة على عقب الواقف وعلى جهة خيرية عامة[6].

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الوقف، لكن قد يفهم من إلغائه للوقف الذري في تعديل قانون الأوقاف بعد تعديل قانون الأوقاف 91-10 بموجب القانون 02-10 بأنه لا يجيز الوقف المشترك.

4.2 وقف الإرصاد: وهو حبس شيء من بيت مال المسلمين بأمر من السلطان ليصرفه على مصلحة من مصالح العامة أو على مستحقيه وهو مشروع عند فقهاء الحنفية وبعض الشافعية والحنابلة [7]، ونشأ وقف الإرصاد في العصر العباسي حيث أنشأ الخلفاء الأوقاف على أملاك الدولة[8].

---

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 140.

(2) القانون رقم 02-10، المؤرخ في 14 ديسمبر2002، المعدل والمتمم لقانون الأوقاف، المرجع السابق.

(3) القرآن الكريم، سورة الأنعام، الآية 139.

(4) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص37.

(5) المرجع نفسه، ص38.

(6) المرجع نفسه، ص38.

(7) المرجع نفسه، ص39.

(8) فؤاد عبد الله العمر، استبدال الأموال الموقوفة (الشروط الاقتصادية ومستلزمات التنمية)، الأمانة العامة للأوقاف، ط 1، سنة 2007، ص24.

ثانيا: أقسام الوقف باعتبار المحل و باعتبار الصيغة

من الاعتبارات التي يُنظر إليها للوقف من أجل تبيان أنواعه نجد اعتباري المحل والصيغة وهو ما يجب تناوله في هذه النقطة من البحث، بالتعرض إلى أنواع الوقف بالنظر إلى محله أولا، ثم إلى أنواع الوقف بالنظر إلى صيغة الوقف.

1. **أقسام الوقف باعتبار محل الوقف:** محال الوقف قد تتعدد، ويعتبر تعددها من بين أهم مصادر اختلاف الفقه، ومشرع الجزائري في قانون الأوقاف لم يُقِر بجميع أنواع محال الوقف برغم من أهمية بعضها، فقد نص على وقف العقار والمنقول والمنفعة، وأهمل الإشارة إلى بعض أنواع المحال التي فرضها تطور الواقع المعيش كوقف الأسهم وصكوك والحقوق وهو ما سيتم دراسته في هذا العنصر.

.1.1. **وقف العقار**: مناط التفرقة بين العقار والمنقول يرجع إلى طبيعة الأشياء فالعقار " هو الشيء الثابت المستقر بحيزه، بحيث لا يمكن نقله من مكان إلى مكان آخر، إلا إذا هدم أو اقتلع، ولا يمكن نقله دون تلف والأرض خير مثل للعقار لأنها ثابتة مستقرة بحيزها"(1)، لم يختلف الفقهاء في جواز وقف العقار، على اعتبار أن الوقف يقتضي التأبيد عند الجمهور، ويلزم أن تكون العين الموقوفة صالحة للبقاء، وهو ما يتصور في العقار(2)، وقد ثبت ذلك في سير الصحابة الكرام، فثبت تصدق أبوبكر رضي الله عنه بداره على ولده. وعمر رضي الله عنه بربعه عند المروة على ولده، وعثمان رضي الله عنه برومية، وقال جابر رضي الله عنه: " لم يكن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقفَ، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد، فكان إجماعاً "(3).

.2.1. **وقف المنقول**: يقصد بالمنقول "ما يقابل العقار، وما يمكن نقله من مكان لآخر، وتحويله من هيئة لهيئة، ويستوي في ذلك أن يكون بناءً أو غراساً أو دواباً أو آلات ري أو حرث"(4)، وعرفه الفقيه السنهوري بقوله:" والمنقول بمفهوم المخالفة، هو كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون

---

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998، ص14.

(2) محمود السرطاوي، المرجع السابق، ص7.

(3) المرجع نفسه، ص8.

(4) المرجع نفسه، ص7.

تلف، لأنه شيء غير مستقر بحيزه وغير ثابت فيه" [1]، على عكس اتفاق الفقه في وقف العقار، فقد تضاربت الآراء الفقهية في جواز وقف المنقول، فمن الفقه ما لم يجزه إلا تبعاً للعقار [2]؛ قال ابن الهمام: "حكم الوقف الشرعي التأبيد، ولا يتأبد غير العقار، وتُرك في الجهاد(السلاح والكراع)، لأنه من سنام الدين، فكان معنى القربة فيهما أقوى"، فهو يرى عدم جواز وقف المنقول إلا ما ورد فيه نص، ولا يقاس غيره عليه؛ ويرى الجانب الآخر من الفقه جواز وقف المنقول بما جرى به العرف في التعامل، كوقف المصاحف، والكتب، وأمتعة المساجد وفرشها، وأجازوا وقف الثياب على الفقراء، فحسبهم إن دوام كل شيء رهنٌ ببقائه صالحاً للانتفاع به، ويرون أن التأبيد يكون نسبياً مع كل عين على حدة، وكل ما يشترطونه أن لا يكون الانتفاع بالعين لازماً لفناء عينها،كالشمع والطعام[3].

الملاحظ أن دائرة الخلاف بين رافضو وقف المنقول ومؤيدوه قد تضاءلت، بسبب تطور الأعراف على حسب معطيات كل عصر وكل مكان، فقد جرى وقف السيارات في زماننا لنقل الموتى، والعمل في المستشفيات ، بغية تحقيق مقصد الشارع في الوقف، وهو تحقيق إيرادات ومنافع ستكمل بها احتياجات المجتمع في الجوانب الاجتماعية والدينية، والثقافية والاقتصادية[4]، وقد أخد المشرع بوقف المنقول بنص المادة 8 من قانون الأوقاف بنصها بأن :" الأوقاف العامة المصونة هي:

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

3– الأموال والعقارات والمنقولات الموقوفة على الجمعيات والمؤسسات والمشاريع الدينية.

.3.1. **وقف المنافع**: لم يتفق الفقه على جواز وقف المنفعة، بسبب عدم اتفاقه في تعريفها، فاعتبرها جانب من الفقه أموالا متقومة، يجوز وقفها، وأنكر الجانب الآخر صفة المال على المنفعة، وقالوا بعدم جواز وقفها، فحسبهم أنه ليس لها وجود خارجي ولا يمكن أن تعتبر ثروة من المال لأنها لا يمكن فيها الإحراز والادخار[5]، وقد رجح الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا بين الرأيين وقال بأن وجهة نظر القانون تتفق ونظرة الشريعة الإسلامية والمذهب الحنفي في أن للعرف دور في اعتبار ما يتداوله الناس والإعتياض عنه دخلا في معنى المال[6]، وصرح قائلا: " وعليه قد أصبح في زمرة الأموال جميع

---

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص14.

(2) محمود السرطاوي، المرجع السابق، ص8.

(3) المرجع نفسه، ص9.

(4) المرجع نفسه، ص11.

(5) المرجع نفسه، ص24.

(6) مصطفى أحمد الزرقا، مدخل إلى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، دار القلم دمشق، ط 1، سنة 1999م، ص129.

الحقوق المجردة كحق الامتياز وحق التعامل عناوين المحلات التجارية، وحقوق ابتكار الملكية الصناعية والأدبية للمخترعين والمؤلفين.."[1].

يدرج جانب من الفقه المنافع ضمن الأموال المنقولة، وأقر بجواز وقفها عملاً برأي جمهور الفقهاء في وقف المنقول[2]، فقد جاء في مجلة الفرقان:" أما بخصوص .. وقف المنافع.. ما دامت المنافع والحقوق متقومة شرعاً، ويجوز أن يكون وقف المنافع والحقوق على سبيل التأبيد أو التأقيت"[3]. وجاء فيها أيضا ويجوز وقف منافع الأشخاص وهي ما يقدمونه من أوقاتهم في وجوه الخير، مثل خبرات الأطباء، والمهندسين، والمعلمين، والمفكرين.. إلخ [4]، وأخذ المشرع الجزائري بوقف المنفعة بنص المادة 11من قانون الأوقاف :" يكون محل الوقف .. أو منفعة".

تجدر الإشارة إلى وجود أنواع أخرى للوقف باعتبار المحل لم يتعرض لها المشرع الجزائري، وهي من الأهمية بمكان، ومن بين هذه الأنواع نجد وقف الحقوق والأسهم والصكوك.

2. **أقسام الوقف باعتبار الصيغة**: ينقسم الوقف بحسب معيار الزمن أو الصيغة إلى نوعين وقف مؤبد ووقف مؤقت وهو ما يجب دراسته في هذه النقطة.

1.2 الوقف المؤبد: وهو الأصل والغالب في رأي الفقه، واعتبروه جزء من معنى الوقف ومفهومه[5]، ومعناه حبس المال بصفة دائمة على جهة لا تنقطع، وهو الرأي المتبنى من قبل المشرع الجزائري في تنص المادة 3 من القانون رقم: 91–10 حيث عرف الوقف فها بأنه:"هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"، آخذا برأي الحنفية والحنابلة والشافعية الذين يشترطون التأبيد في الوقف[6]، وأكد المشرع على بطلان الوقف المؤقت، وهذا بنص المادة 28 من قانون الأوقاف إذ جاء فيها:" يبطل الوقف إذا حدد بزمن".

2.2 الوقف المؤقت، وهو الوقف الذي يستغرق مدة من الزمن أو تتحقق الغاية منه ثم ينحل بعدها[7]، وقلة من الفقه ترى أن التأبيد ليس جزءا من مفهوم الوقف، فيجوز مؤقتا أو مؤبدا معا[8]،

---

(1)مصطفى أحمد الزرقا، مدخل إلى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص129و130.

(2) محمود السرطاوي، المرجع السابق، ص25.

(3) المرجع نفسه، ص23.

(4) المرجع نفسه، ص25.

(5) محمد أبو الزهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص77.

(6) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص74.

(7) المرجع نفسه، ص74.

(8) محمد أبو الزهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص77

وأهمية التوقيت في الوقف لا تقل عن أهمية مبدأ التأبيد، فالتوقيت يفتح أبوابا للخير وللصدقة الجارية لا يستوعبها مبدأ التأبيد. والمجتمع المعاصر يحتاج إلى وجود أوقاف مؤقتة تتميز بمرونة أكثر في التسيير إلى جانب الأصول الاستثمارية المؤبدة، والفقه معترف بوجود هذا النوع من الوقف المؤقت دون أن يصطلح عليه باسم التأقيت بل ضمه إلى الوقف المؤبد، وهذا فيما يخص الأشياء الآيلة _بحكم طبيعتها_ إلى الانتهاء كالبناء والشجر والفرس والكتاب، فحسبهم أن شرط التأبيد لا ينخرق بكون الأصل نفسه منتهيا، فشرط التأبيد لا يمكن أن ينطبق على المنقولات ولا على البناء، فهو أمر نسبي مرتبط بمدة بقاء أو صلاحية الشيء الموقوف(1)، وقد عرف الوقف ابن عرفة وهو من أتباع الإمام مالك بأنه " إعطاء منفعة شيء مدة وجوده.."(2)، ومن الفقهاء القلة الذين قالوا بجواز التوقيت في الوقف الإمام مالك(3).

(1) منذر قحف، المرجع السابق، ص106.

(2) مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، المرجع السابق، ص10.

(3) محمد أبو الزهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص77.

المبحث الثاني: إدارة الوقف

انعكست التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وخاصة منها المتعلقة بالفقه الديني واختلافاته على تطور الجهاز الإداري للوقف، وشهد هذا الجهاز بدوره تغيرات وإصلاحات كثيرة، نتج عنها وجود نماذج وأساليب إدارية مختلفة، ويمكن إجمال هذه النظم، في نموذجين أساسيين هما: نموذج الإدارة التقليدية للوقف، ونموذج الإدارة الحكومية للوقف، وهو ما يجب شرحه في النقاط التالية.

المطلب الأول: طرائق تسيير الوقف

تداول تسيير الأموال الوقفية نمطين من التسيير، وأساس هذا التصنيف يعود إلى مقدار التدخل الحكومي في تحديد أنظمة تسيير الوقف ورقابتها عليه، وفي هذا الصدد استوجب تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، بحيث تتم دراسة الطرائق التقليدية لإدارة الوقف في الفرع الأول، ثم التطرق في الفرع الثاني إلى طرائق الإدارة الحكومية.

الفرع الأول: طرائق التقليدية لإدارة الوقف:

نموذج الإدارة التقليدية للوقف يعتبر الجهاز الإداري المرتبط بنشأة الوقف الإسلامي، وظهور مجتمع المدينة[1]، ومر هذا النموذج من الإدارة الذرية المستقلة للأوقاف، إلى إدارة الأوقاف مع مساهمة القضاء في الإشراف عليه.

أولا: الإدارة الذرية المستقلة

تقوم هذه الإدارة على وجود ناظر أو متولٍ للوقف وحده مستقلا، فله المسؤولية المباشرة على إدارة الوقف، وممارسة جل السلطات الإدارية لتنفيذ شروط الواقف، وكل ما يحقق مصالح الوقف والحفاظ على أصله، وسلطة ناظر متولي الوقف في هذا النمط من الإدارة لا يحدها سوى خروجه على ما رتّبه له الشرع، من حقوق والتزامات كتعديه على مال الوقف بالخيانة أو التقصير، أو إهماله لشروط الواقف المعتبرة شرعا، مما يجعله عرضة للمساءلة من الجهاز القضائي الذي يملك حق محاسبته وعزله بحكم ولايته العامة[2]، ويطبق هذا النوع من الإدارة في أوقاف الوصايا، حيث يجعل الموصون النظارة في أبنائهم أو ذويهم دون تدخل حكومي[3]، فيكون لكل وقف ناظر مستقل يقوم بإدارته

---

(1) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص94.

(2) محمود أحمد مهدي، نظام الوقف في التطبيق المعاصر،نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب . التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة، المملكة العربية السعودية،2003 م/1423 هـ، ص133 .

(3) منذر قحف، المرجع السابق، ص291.

بمعزل عن غيره من الأوقاف[1]، فالقاعدة العامة التي يسير عليها هذا النمط هي قاعدة التسيير الذاتي وعدم الاندماج في الإدارة الحكومية[2]، وأهم ما يميز هذا النمط الإداري هو غياب نظام محاسبي موحد[3].

ثانيا:الإدارة المعينة من قبل القضاء وتحت إشرافه

سبب نشوء هذا النموذج هو ما ألفه ورده الفقهاء في كتبهم، بحيث نادوا بتولي القضاء في هذا النوع من الإدارة مهمة تعيين النظار والإشراف عليهم، بالتشاور مع المنتفعين، أو بعضهم، أو بدون هذا التشاور؛ فيقوم الناظر بأعماله الإدارية والاستثمارية بإشراف القاضي في حدود ما يؤذن له من الإجراءات، ويتسم هذا النمط بسلبيات أهمها أن القضاة قلما لديهم الخبرات اللازمة في الرقابة والإدارة، فضلا عن عدم معرفتهم الدقيقة بمدى صلاحية النظار، حيث أن تعيينهم لا يتصف بالشفافية، ولذلك يكون إشرافهم عليهم غير فعال، فالكفاءة الفنية الإدارية وأساليب اتخاذ القرار خاصة إذا تعلق بالاستثمار، لا يمكن أن يتحكم فيها لا القضاء ولا النظار نظرا لخطورتها وفنيتها، وعموما يمكن القول أن الفقه الإسلامي في ذكره للقضاء كجهة مرجعية لنظار، سببه عدم وجود أجهزة رقابية ملائمة في المجتمعات الإسلامية، وعدم تطور علم الإدارة نفسه[4].

ما يميز النمط التقليدي من الإدارة الوقفية بشكليه، الإدارة الذرية المستقلة والإدارة المعينة من قبل القضاء؛ هو تميز الإدارة فيه بالصبغة العائلية حيث تُوَرَث للذرية من قِبل الواقفين، واعتمادها على فرد مستقل وهو الناظر، مما ينعكس على البعد التنظيمي بشكله المؤسساتي الذي نجده غائبا، كما يتميز التسيير المحلي للوقف في ظل هذا النمط باللامركزية؛ حيث تَحَوَلَ شكل تسيير الأملاك الوقفية من اللامركزية الإدارية المطلقة التي كانت سائدة في عصر النبوة وما تبعه من خلافة راشدة؛ إلى اللامركزية الإدارية النسبية حيث تولى القضاء وظيفة الرقابة في تسيير الأملاك الوقفية مما يحقق استمرار رسالة الوقف وشروط الواقف، ومصلحة الموقوف عليهم [5]. فقد أنشأ أمير المؤمنين عمر بن الخطاب في خلافته ديوان بيت مال المسلمين، للإشراف على الأراضي الوقفية، واستقر وجود هذا

(1) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص94.

(2) أحمد قاسمي، المرجع السابق، ص42.

(3) المرجع نفسه، ص42.

(4) منذر قحف، المرجع السابق، ص292.

(5) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص96.

الديوان تحت اسم ديوان الأحباس، وأسند الإشراف على الأوقاف إلى القضاة في الدولة الإسلامية بحث يتولونها بأنفسهم ويحاسبون النظار عليها [1]. ولعب هذا النموذج التقليدي للإدارة الوقفية، دورا فاعلا في إدارة الوقف في الجزائر قبل مجيء الأتراك وأثناء تواجدهم بها حتى أواخر الحكم العثماني[2].

وتجدر الإشارة إلى تعرض الأملاك الوقفية في ظل هذا النمط إلى الإهمال بسببين، الأول متعلق بفقدانها لوثائق إنشائها بسبب الرؤية الفردية في التسيير أمور الوقف، ومحدودية آفاق بعض المتولين لعدم إلمامهم بالأساليب الحديثة في تنمية الممتلكات الوقفية، وتطويرها وتعظيم ريعها، مما أدى إلى خرابها[3]، وثاني سبب يتمثل في وضعية الأوقاف بعد محاولة طمس معالم هذا النظام الإسلامي من قبل الإستدمار، الذي تعرضت له الجزائر وغيرها من الدول الإسلامية؛ فقد أصدر المستدمر الفرنسي في الجزائر مرسوم في ديسمبر 1830 خول للأوروبيين امتلاك الأوقاف، وتلاه قرار في أكتوبر 1844 مفاده عدم تمتع الوقف بالحصانة[4]، كلها أسباب تطلبت تدخل الإدارة الحكومية في إدارة الأوقاف.

الفرع الثاني: طرائق الإدارة الحكومية

على أنقاض سلبيات وضع الأوقاف تحت رقابة المتولين المستقلين، و مُوازاةً وتطور المجتمعات مع تعقيد نُظُمها ومُؤَسَساتها، وتعدد الموقوفات كَمًا ونَوعًا، برزت الحاجة إلى جهة إشرافية تكون أكثر قدرة على منع الفساد، والحفاظ على مال الوقف وتنميته، بالإضافة إلى بروز أوقاف قومية، وأخرى يمس أدائها سياسة الدولة وتوجيهاتها العامة، كلها أسباب أدت إلى ظهور نمط إداري جديد تجسد فيه تدخل الدولة المباشر في تسيير الوقف. بحيث تلحق الأوقاف في الغالب بوزارة مركزية [5]،بحكم الولاية العامة للدولة على مصالح المجتمع[6]؛ وأرجع بعض الباحثين هذا التدخل إلى سببين: أولهما النزعة

(1) أحمد بن صالح بن صواب الرفاعي، ولاية الدولة على الوقف بين الرقابة والاستيلاء، مؤتمر حول الوقف الإسلامي:" اقتصاد وإدارة، وبناء حضارة"، المحور الثالث"الإصلاح الإداري المنشود للوقف" الجامعة الإسلامية، السعودية، 1430هـ/2009م، ص10.

(2) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص96.

(3) محمود أحمد مهدي، المرجع السابق، ص134.

(4) الموقع الرسمي لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف الجزائرية، مقال بعنوان: وضعية الوقف في ظل الاحتلال الفرنسي، https://www.marw.dz، على الساعة 11:23 2020/06/18.

(5) محمود أحمد مهدي، المرجع السابق، ص 134.

(6) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص97.

المركزية، التي استهدفت الدولة من خلالها عدم إبقاء الملكيات والبشر خارج سيطرتها المباشرة؛ فاستولت الدولة على الأوقاف، مستفيدة مما سبق ذكره من أخطاء وفساد بعض متولين الأوقاف [1]، وثانيهما نزعة التحديث التي لعبت دورا أساسيا في تفكيك مفهوم المجتمع؛ وإضعاف المؤسسات العرفية ومن ضمنها الوقف، من خلال تحطيمه لشعور ارتباط الأفراد بمجتمعاتها [2]، وأرجع بعض الباحثين تدخل الدولة في الوقف؛ بظهور الدولة القطرية الحديثة القائمة على احتكارها لسلطة سن القوانين، ومنها قانون الوقف المستوحى من مبادئ الشريعة الإسلامية، وهو ما أدى إلى خروج الأوقاف من النظام الفقهي غير المقنن والدخول في النظام القانوني للدولة [3].

وتتولى الدولة النظارة على الأوقاف بالاعتماد على أحد الشكلين: إما في شكل هيئة إدارية مستقلة، أو في شكل إدارة حكومية مباشرة، ويظهر الشكل المعتمد في أي دولة من خلال صياغتها لقوانينها الأساسية والعادية خاصة تلك المتعلقة بتسيير الوقف وهو ما يجب تناوله في هذا الفرع.

أولا: الإدارة الحكومية في شكل هيئة إدارية مستقلة: استحدثت الدولة المتبنية لهذا الشكل من النظام، هيئة حكومية مستقلة يوضع الوقف تحت إدارتها، وتنشأ بغرض الإشراف المباشر على جميع الأوقاف العامة في الدولة، وتزود بجميع الكفاءات اللازمة في مختلف التخصصات الإدارية والفنية، وتقوم بدور الناظر على الأوقاف، فهي تباشر المهام المرتبطة باستغلال وتحصيل إيرادات الأوقاف وصرفها، وإعداد موازناتها العامة ورفعها للجهات العليا للمصادقة عليها، كما تقوم الهيئة أيضا برسم السياسات والأهداف والبرامج والخطط اللازمة لتنمية الأوقاف والمحافظة على أصولها، تحقيقا لشروط الواقفين، و العمل على زيادة الوعي بأهمية الوقف لاستقطاب واقفين جدد، وما إلى ذلك من مهام[4]، ومن التجارب الرائدة في إدارة الأوقاف وفق هذا الشكل، تجربة الأمانة العامة للأوقاف بالكويت وتجربة هيئة الأوقاف السودانية [5]، وما يميز هذا النمط هو خضوعه إلى سلطة إشرافية منظمة مزودة بالكفاءات الإدارية والفنية، قادرة على فرض سلطتها وضمان توجيه كامل

---

(1) سليم هاني منصور، ولاية الدولة على الوقف وتفريغه من مضمونه الاجتماعي، مؤتمر حول الوقف الإسلامي:" اقتصاد وإدارة، وبناء حضارة"، المحور الثالث"الإصلاح الإداري المنشود للوقف" الجامعة الإسلامية، السعودية، 1430هـ/2009م، المرجع السابق، ص 265 .

(2) المرجع نفسه، ص266.

(3) أسامة عمر الأشقر، التنظيم القانوني للوقف –الدوافع، الآليات، المجالات –، مؤتمر حول الوقف الإسلامي:" اقتصاد وإدارة، وبناء حضارة"، المحور الثالث"الإصلاح الإداري المنشود للوقف" الجامعة الإسلامية، السعودية، 1430هـ/2009م ، **ص**100.

(4) أحمد قاسمي، المرجع السابق، ص43.

(5) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص98.

في سبيل تحقيق أهداف الوقف، ومتمتعة بالاستقلال الإداري والمالي عن جهاز الدولة البيروقراطي[1]، ولم تعرف الجزائر هذا الشكل من الإدارة الوقفية.

ثانيا: الإدارة الحكومية المباشرة: ما يميز الوقف في ظل هذا النظام هو خضوعه لرقابة الدولة المباشرة، واستحدثت الحكومات الحديثة وزارة من بين مهامها، التكفل بإدارة أموال الأوقاف بجميع أنواعها[2]، وهو النظام المعتمد في تسيير الأوقاف في أغلب الدول الإسلامية، ويثبت لهذه الوزارة صلاحية النظارة مباشرة أو بواسطة الهيئات التي يتم تعينها وفق القانون، ويتسم هذا الشكل من الإدارة بمميزات أهمها:

- مركزية والبيروقراطية في التسيير: فصلاحيات الإدارات الإقليمية أو المحلية محدودة جدا، بحيث تكون تابعة للوزارة في العاصمة، وتعمل وفق نظم قانونية ولوائح إدارية ومالية تخضع لسيطرة أجهزة التخطيط والرقابة المالية المركزية، وتكون إيراداتها ونفقاتها لغرض التسيير والاستثمار جزئا من إيرادات الخزينة العامة ونفقاتها، ولهذا النمط نظام محاسبي موحد[3].
- كما تتسم إدارة الرقابة الحكومية المطبقة عليها بالتراكم العمودي في السلطات، مما يؤدي إلى وجود عدة مستويات، تنظيمية متراكمة ومتدرجة بحسب الاختصاص تبدأ بالمستوى الوطني وتنتهي بالمستوى المحلي تخضع لأساليب التفتيش والرقابة السلطوية، مما يفرض نوعا من الانضباط الإداري والرقابة المستمرة وتعدد جهات الإدارة[4].
- كما يتسم هذا النمط الإداري بالتراخي في تطبيق مبدأ استقلال السلطة القضائية عن السلطة السياسية، بالإضافة إلى خضوعها إلى العوامل السياسية التي تتأثر بها سائر أقسام الحكومات[5].

ومن محاسن هذا النظام بنمطيه، شكل هيئة إدارية مستقلة، وفي شكل إدارة حكومية مباشرة، أنه يحقق قدرا أكبر من الانضباط الإداري والرقابة المتصلة، ومن المفترض أن يكون هذا النمط الجديد أكثر قدرة على معالجة المسائل المتعلقة بتنمية الوقف وتطويره برؤية أوسع من الرؤية الفردية ويعتبر

(1) أحمد قاسمي، المرجع السابق ، ص43
(2) المرجع نفسه، ص42.
(3) أحمد قاسمي، المرجع السابق، ص43
(4) بن مشرنن خير الدين ، المرجع السابق، ص99.
(5) أحمد قاسمي، المرجع السابق، ص43

هذا النموذج كنظام إداري، أكثر قدرة على معالجة المسائل المتعلقة بتنمية الوقف وتطويره برؤية أوسع من الرؤية الفردية، حيث أن الوزارة هنا هي الجهة المسؤولة عن مهام التخطيط والتنظيم والتوجيه[1].

المطلب الثاني: تسيير الوقف في التشريع الجزائري:

للوقوف على النظام المعتمد في تسيير الوقف من قبل المشرع الجزائري، وجب دراسة النصوص التي اعتمدها المشرع الجزائري في تسييره للوقف من غداة الاستقلال إلى يومنا هذا، مما يستوجب تقسيم هذا المطلب إلى فرعين : يتم دراسة تاريخ إدارة الوقف في الفرع الأول، ثم عرض للإدارة المكلفة بتسيير الوقف في الجزائر في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تاريخ إدارة الوقف

الدارس لشؤون الوقف يلاحظ أن اهتمام المشرع الجزائري به مرَّ بمرحلتين[2]؛ وعلى هذا الأساس سيتم تقسيم هذا الفرع، حيث يتم عرض مرحلة عدم الاهتمام بشؤون الوقف في نقطة أولى، ثم عرض مرحلة الاهتمام بشؤون الوقف في النقطة الثانية.

أولا: مرحلة عدم اهتمام الدولة الجزائرية المستقلة بشؤون الوقف

غداة الاستقلال وفي سبيل مواجهة الفراغ القانوني، أصدر المشرع الجزائري في1962/12/31 قانون يقضي بتمديد العمل بالقانون الفرنسي باستثناء ما يمس بالسيادة الوطنية، وبذلك بقي الوقف مجرد من أي الحماية القانونية، ولم يسلم من سياسة الاستيلاء التي كانت سائدة في عهد الاحتلال، بسبب استمرار عدم الاهتمام بتنظيم شؤونه من قبل المشرع الجزائري، نظرا لحداثة استقلاله واهتمامه بتصفية تركة الاحتلال الفرنسي وأعباء الحرب التحريرية الوطنية، وتبنيه للمذهب الاشتراكي.

وكانت الملكية العقارية بعد الاستقلال مقسمة إلى أربعة أصناف: أملاك تابعة للدولة، وأملاك تابعة للمعمرين وأملاك تابعة للملكية الخاصة لبعض الجزائريين، وأملاك مشاعة متمثلة في أراض العرش، ولم يكن للملك الوقفي ضمن الملكية العقارية الوطنية محل اعتبار، إلا في مجالات ضيقة كالمساجد والزوايا[3].

كما عرفت هذه الفترة صدور نصوص قانونية ساهمت في ضياع العديد من الممتلكات الوقفية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة منها:

(1) محمود أحمد مهدي، المرجع السابق، ص 134

(2) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص102.

(3) المرجع نفسه، ص102.

– المرسوم رقم 63-88 المؤرخ في 1963/03/18 المتعلق بتنظيم الأملاك الشاغرة فبموجب هذا المرسوم أصبحت العديد من الأملاك الوقفية ضمن ملكية الدولة لانطباق عليها صفة الشغور بسبب غياب هيئة مكلفة بالوقف تثبت تبعية هذه الأملاك إليها(1).

– المرسوم رقم 63-388 المؤرخ في 1963/10/01 المتعلق بتأميم المنشآت الزراعية التابعة للأشخاص المعنويين أو الطبيعيين الذين لا يتمتعون بالجنسية الجزائرية، وانتقلت بموجب هذا المرسوم العديد من الممتلكات الوقفة إلى ذمة الدولة الممثلة في المحافظة العقارية، دون أن تراعى فيها الخصوصية القانونية للأملاك الوقفية (2) .

– المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 1964/09/17 المتضمن الأملاك الحبسية العامة(3)، يعتبر هذا المرسوم أول تشريع يتعلق بالوقف، بعد تجاوب المشرع الجزائري بالأملاك الوقفية من خلال إنشاءه لوزارة الأوقاف بعد الاستقلال(4)، وصنفت الأملاك الوقفية بموجب هذا المرسوم إلى قسمين: أملاك وقفية عامة وأملاك وقفية خاصة، وحدد المرسوم الجهة المخولة رسميا لنظارة وتسيير الوقف العام وهو وزير الأوقاف، لكن بقي دوما عديم الأهمية، لم يعرف التطبيق الميداني، وبقي حال الوقف مثلما كان على عهد الاستعمار، كما أنه لم يتطرق إلى الشخصية المعنوية للوقف، فكان مجرد حبر على ورق، ولم يدخل حيز التطبيق بنسبة كبيرة(5).

– صدور الأمر 71- 73 المؤرخ في 1973/11/18 المتضمن الثورة الزراعية(6)، تقلص اهتمام المشرع بالوقف بصدور هذا الأمر، حيث واجهت الأملاك الوقفية مصاعب بالجملة بمناسبته(7)، فتطبيقا لنهج الاشتراكي، وتكريسا، للملكية الجماعية تحت شعار" الأرض لمن يخدمها"، تم الاستيلاء على حجم هائل من الأوقاف العمومية حيث أدمجت بموجب هذا الأمر الأراضي الزراعية أو المعدة

(1) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص102.

(2) قنفود رمضان، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي في إطار القانون الموضوعي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة الجامعية 2015/2014.ص30.

(3) المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 1964/09/17 المتضمن الأملاك الحبسية العامة الجريدة الرسمية العدد 35 لسنة 1964 المؤرخة في 18 جمادى الأول عام 1324 الموافق لـ 25 سبتمبر سنة 1964.

(4) قنفود رمضان، المرجع السابق، ص27.

(5) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص103.

(6) الأمر 71- 73 المؤرخ في 1973/11/18 المتضمن الثورة الزراعية، ج.ر العدد: 97 المؤرخة في 30 نوفمبر سنة 1971.

(7) قنفود رمضان، المرجع السابق، ص27.

للزراعة الموقوفة ضمن صندوق الثورة الزراعية، وهو ما صعب عملية استرجاع هذه الأملاك فيما بعد[1].

- صدور قانون رقم:84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم[2]: فرغم تضمن هذا القانون فصلا كاملا للوقف وهو الفصل الثالث من الكتاب الرابع، حيث تضمن ثمانية مواد من المادة 213 إلى 220، إلا أنه تضمن أحكاما عامة لم ترق إلى التعريف بالوقف وأهميته الاقتصادية والاجتماعية، ولم تشر إلى آليات عملية في إدارته وتسييره[3].

يلاحظ من خلال ما سبق ذكره أن المشرع الجزائري لم يؤطر الوقف بنصوص قانونية تجعله منسجما مع دوره الاجتماعي والاقتصادي والثقافي، ويعود عدم اهتمام المشرع بالوقف كنظام لسببين: أحدهما تاريخي وهو حداثته بالاستقلال، والثاني أيديولوجي بسبب الاشتراكية المتبناة.

ثانيا: مرحلة الاهتمام بشؤون الوقف

تعتبر مرحلة التسعينات نقطة التحول في تاريخ إدارة الأوقاف في ظل الإدارة الحكومية، بعد أن ظل القطاع لعقود طويلة من زمن الاستقلال بعيدا عن المساهمة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية للدولة، فقد حضي الوقف لأول مرة بحماية دستورية، وهذا بصدور دستور 1989[4]، حيث جاء في نص المادة 49 منه ما يلي: "...

- لأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها.
- ويحمي القانون تخصيصها ".

وتأكدت هذه الحماية في التعديل الدستوري لسنة 1996[5] بموجب المادة 52 منه التي نصت بأن: "..الأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها، ويحمي القانون تخصيصها "، وهو ما انعكس بالإيجاب على النظام القانوني الوقفي، الذي تعزز بصدور جملة من النصوص القانونية

- صدور قانون رقم: 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري[6]: وصنفت

(1) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص103.

(2) قانون الأسرة المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

(3) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص103.

(4) دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر العدد: 9 المؤرخة في 23 رجب عام 1409 الموافق أول مارس سنة 1989.

(5) الدستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، ج.ر العدد: 76 المؤرخة في 27 رجب عام 1417 الموافق 08 ديسمبر سنة 1996.

(6) قانون رقم: 90-25، المتضمن التوجيه العقاري، المرجع السابق.

الأملاك العقارية في ظل هذا القانون إلى ثلاثة أصناف أملاك وطنية وأملاك خاصة وأملاك وقفية. وأكد نفس القانون في نص المادة 32 منه على خضوع تكوين وتسيير الأملاك الوقفية لقانون خاص فجاء فيها:" يخضع تكوين الأملاك الوقفية وتسييرها لقانون خاص.

— المرسوم التنفيذي رقم 91-81 المؤرخ في 1991/03/23 المتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتسييره تحديد وظيفته [1].

— المرسوم التنفيذي رقم91-82 المؤرخ في1991/03/23 المتضمن إحداث مؤسسة المسجد[2].

— صدور قانون 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم[3]: يعتبر صدور هذا القانون بداية الاهتمام الرسمي من المشرع الجزائري بالوقف وبدوره الاجتماعي والاقتصادي، فقد صدر في حقه تنظيم خاص مستقل، تم من خلاله الاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف، وتحديد القواعد العامة المنظمة للأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، وخضع هذا القانون إلى تعديلين أولهما كان بموجب القانون رقم: 01-07 المؤرخ في 2007/05/22 [4]، أهم ما جاء فيه من تعديلات هو النص على طرق استثمار الملك الوقفي، والتعديل الثاني كان بموجب القانون رقم 02-10 المؤرخ 2002/12/14[5]، وبموجبه أُخْرِجَ الوقف الخاص من دائرة أحكام قانون الأوقاف ليقتصر على تنظيم الوقف العام.

— المرسوم التنفيذي رقم: 98-381 المؤرخ في 1998/12/01[6] المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك: صدر هذا المرسوم مكملا للبناء القانوني للمنظومة القانونية الوقفية، سيما قانون 10-91 حيث أسند نص المادة 26 من هذا الأخير إدارة وتسيير الملك الوقفي لنص قانوني لاحق، فنصت المادة 26 على الآتي :" إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها تكون بموجب تنظيم"، فجاء هذا المرسوم لتأكيد ذلك من حيث شروط إدارة وتسيير الأملاك الوقفية العامة، وتسوية

---

(1) المرسوم التنفيذي رقم 91-81 المؤرخ في 1991/03/23 المتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتسييره تحديد وظيفته، ج.ر العدد:16 المؤرخة في 25 رمضان عام 1411 هـ الموافق 10 أبريل سنة1991م، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-437 المؤرخ في 1992/11/30 ج. ر العدد 85 المؤرخة في 7 جمادى الثانية عام 1413 هـ الموافق 2 ديسمبر لسنة 1992 م.

(2) المرسوم التنفيذي رقم91-82 المؤرخ في1991/03/23 المتضمن إحداث مؤسسة المسجد، ج.ر العدد: 16 المؤرخة في 25 رمضان هـ1411 الموافق 10 أبريل لسنة 1991.

(3) قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(4) تعديل قانون المتعلق بالأوقاف 01-07، المرجع السابق.

(5) تعديل قانون المتعلق بالأوقاف 02-10، المرجع السابق.

(6)المرسوم التنفيذي رقم: 98-381 المؤرخ في 1998/12/01، المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ج.ر العدد:90 المؤرخة في 13 شعبان عام 1419هـ الموافق 02 ديسمبر سنة 1998م.

وضعية البناءات المخصصة كالمساجد، والمشاريع الدينية، وتسوية الأملاك الوقفية التي ضمها إلى أملاك الدولة.

– المرسوم التنفيذي رقم: 2000-146 المؤرخ في 2000/06/28 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم 05-427 المؤرخ في 2005/11/07[1].

مما سبق عرضه نجد أن هذه المرحلة تميزت بصدور العديد من التشريعات، بدءا من التشريع الأساسي وانتهاءً بالتشريعات الفرعية، في سبيل النهوض بالوقف والاعتراف بدوره الاجتماعي والاقتصادي، وإصلاح منظومته القانونية بما فيها الإدارة المكلفة به.

الفرع الثاني الأجهزة المكلفة بالتسيير الأوقاف

يُشرف على تسيير الوقف في النظام الجزائري نوعين من الأجهزة، باعتبار النظام الحكومي المباشر المتبني من قبل المشرع، فنجد على المستوى المحلي أجهزة محلية مكلفة بتسيير الأوقاف، وتشرف عليها أجهزة مركزية، وهو ما يجب دراسته في هذا الفرع، بدراسة الأجهزة المركزية في نقطة أولى، ثم الأجهزة المحلية ثاني نقطة.

أولا: الأجهزة المركزية المكلفة بتسيير الأوقاف

تعتبر وزارة الشؤون الدينية والأوقاف إحدى الدوائر الوزارية المشكلة للحكومية الجزائرية منذ الاستقلال، وتنفرد هذه الأخيرة بمهام كبرى أبرزها إدارة الأوقاف، ويسير الوزارة موظف برتبة وزير، معين من قبل رئيس الجمهورية بعد استشارة الوزير الأول بموجب مرسوم رئاسي [2]، ويعتبر أعلى رتبة في الهرم الإداري لها، وهو مكلف بإدارة الأوقاف بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 89-99 المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية[3].

الإدارة المركزية للأوقاف تتشكل من المتفشية العامة التي تقوم بدور رقابي، ومديرية الأوقاف والزكاة والحج والعمرة، وأُضيف لهما لجنة الأوقاف لدى وزير الشؤون الدينية والأوقاف، التي

(1) المرسوم التنفيذي رقم: 2000-146 المؤرخ في 2000/06/28 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، ج ر العدد: 38 المؤرخة في 29 ربيع الأول عام 1421هـ الموافق 02 يوليو سنة 2000م، المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم 05-427 المؤرخ في 2005/11/07، ج ر: العدد73 المؤرخة في 07 شوال عام 1426هـ الموافق 09 نوفمبر سنة2005 م.

(2) دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المرجع السابق.

(3) المرسوم التنفيذي رقم: 89-99 المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية ،ج.ر العدد: 26 المؤرخة في 24 ذو القعدة عام 1409 هـ الموافق 28 يونيو سنة 1989م.

تم استحداثها كجهاز مركزي بموجب القرار الوزاري رقم 29 المؤرخ في1999/11/21[1]، الصادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف، تطبيقا لنص المادة التاسعة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 السالف الذكر، وتتولى هذه اللجنة مهام الإشراف العملي والتوجيه، والإدارة للأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وتنظيم، وتمارس مهامها تحت سلطة وزير الشؤون الدينية باعتباره السلطة المكلفة بالأوقاف، و تعتبر هذه اللجنة المسئول الأول عن الأملاك الوقفية على المستوى المركزي بعد الوزير الذي تعمل تحت سلطته، وتتشكل هذه اللجنة طبقا لنص المادة 2 من القرار رقم 29 المؤرخ في 1999/02/21 المعدل والمتمم بالقرار الوزاري رقم 200 المؤرخ في 2000/11/11[2] من 13عضوا.

ثانيا: الأجهزة المحلية المكلفة بالتسيير للأملاك الوقفية: يتداول شؤون الوقف محليا نوعين من الأجهزة، باعتبار الإشراف المباشر وغير المباشر على شؤون الوقف، وهذا بهدف عدم التركيز الإداري في إدارة الأوقاف، وهو ما يجب تناوله في هذه النقطة بحسب هذا التقسيم.

1. **الأجهزة المحلية المكلفة بالتسيير غير المباشر**: استحدث المشرع الجزائري أجهزة محلية مكلفة بالتسيير غير مباشر للوقف بهدف عدم التركيز الإداري في إدارة الأوقاف، ونجد في هذا الصدد، مديرية الشؤون الدينية والأوقاف كإحدى المصالح الخارجية للدولة تابعة لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وهي أعلى هيئة في الولاية تسهر على إدارة الملك الوقفي، ومن بين مهامها تنفيذ كل ما من شأنه ترقية نشاطات الشؤون الدينية والأوقاف، ومراقبة و التسيير والسهر على حماية الأملاك الوقفية واستثمارها، وإبرام عقود إيجار الأملاك الوقفية واستثمارها واستبدالها.

ومؤسسة المسجد كجهاز محلي على مستوى كل ولاية، موكل إليها بعض المهام الوقفية وتتمتع بالشخصية المعنوية وباستقلالها المالي طبقا للمرسوم التنفيذي 91-82 المؤرخ في 1991/03/23[3]، وتتكفل المؤسسة بالعناية ببناء المساجد والمدارس القرآنية والمساهمة في تجهيزها وصيانتها والحرص على عمارتها و حرمتها و حماية أملاكها، وتنشيط الحركة الوقفية و ترشيد استثمارها.

---

(1) مصنف القوانين والمراسيم الرئاسية والقرارات الوزارية المشتركة والقرارات الصادرة عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، من أول يناير 1997 إلى 31 ماي 2003 ، نشر وزارة الشؤون الدينية والأوقاف،الجزائر، 2003 ، ص200 .

(2) القرار رقم 29 المؤرخ في 1999/02/21 المعدل والمتمم بالقرار الوزاري رقم 200 المؤرخ في 2000/11/11، مصنف القوانين و المراسيم الرئاسية والقرارات الوزارية المشتركة والقرارات الصادرة عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ،نفس المرجع ، ص206 .

(3) المرسوم التنفيذي رقم 91-82 المؤرخ في 1991/03/23 الذي يتضمن إحداث مؤسسة المسجد، ج.ر العدد 16 المؤرخة في 25 رمضان عام 1411هـ الموافق 10 أفريل سنة 1991م.

ويعتبر وكيل الوقف الموظف الإداري المكلف بالإشراف على المكتب الولائي المحلي المكلف بشؤون الوقف، تحت إشراف مدير الشؤون الدينية والأوقاف، فيراقب الملك الوقفي، ويتابع أعمال نظار التابعين لمقاطعته بموجب المرسوم التنفيذي 98-381[1] والمرسوم التنفيذي رقم 91-114[2] المحدد لمهام وكيل الأوقاف.

2. **الأجهزة المكلفة بالتسيير المباشر**: رغم اعتراف المشرع بالشخصية المعنوية للوقف حسب نص المادة 5 من نفس القانون، والذي ينتج عنه الإقرار بتولي إدارة الوقف إلى شخص طبعي أسماه المشرع في نص المادتين 33 و34 من قانون الأوقاف 91-10 بناظر الوقف، ويعتبر هذا الأخير ممثله القانوني على المستوى المحلي، والمكلف المباشر بتسييره، وهو بذلك أقرب إلى الملك الوقفي من وكيل الأوقاف، بالرغم من أنه يعمل تحت رقابته، لكن المهام الموكلة له تفوق عمليا تلك الموكلة لوكيل الأوقاف، وقد أحل المشرع الجزائري بموجب نص المادتين 33و34 السالفتين الذكر كيفية ممارسة هذه المهنة وشروطها إلى تنظيم لاحق، وصدر بالفعل هذا التنظيم بموجب المرسوم التنفيذي 98-381 بتاريخ: 1998/12/01[3] الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، والذي حدد المقصود بنظارة الوقف من خلال تعداد وظائف الناظر، بحيث نصت على أنه: " يقصد بنظارة الوقف في صلب هذا النص ما يأتي: أ –رعايته، ب –عمارته، ج –استغلاله، د –حفظه، هـ –حمايته".

و المشرع الجزائري في هذا الصدد لم يشذ عن الفقه الوقفي في تعريف ناظر الوقف من خلال مهامه[4]، وفي هذا الصدد عرفه الأستاذ الطيب داودي ":ناظر الوقف هو الذي يتولى نظارة المال الموقوف حسب شروط العقد وعادة ما تكون النظارة متمثلة في عمارة الوقف أوإجارته ثم تحصيل إيرادات الوقف وتوزيعها على مستحقيها"[5] ،كما اعتبرت المادة 12 من المرسوم التنفيذي 98-381 الناظر الملك الوقفي بأنه المسير المباشر للوقف، ويقوم وزير الشؤون الدينية والأوقاف بتعيين ناظر الملك الوقفي بموجب قرار بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف، وبعد معاينة توافر الشروط المطلوبة.

---

(1) المرسوم التنفيذي 98-381 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، المرجع السابق.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 91-114 المؤرخ في 1991/04/27 المتضمن القانون الأساسي الخاص بعمال الشؤون الدينية، ج.ر عدد 20 سنة 1991، المعدل والمتمم المرسوم التنفيذي 02-96 المؤرخ في 2002/03/02، ج.ر عدد 17 سنة 2002.

(3)المرسوم التنفيذي 98-381 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، المرجع السابق.

(4) بن مشرنن خير الدين، ص143.

(5) نفس المرجع، ص143.

1.2 مهام ناظر الملك الوقفي: يعتبر ناظر الملك الوقفي الركيزة الأساسية في الهيكل الإداري للوقف، وقد أولاها الفقهاء عناية خاصة في بيان مهام الناظر وشروط شاغل هذا المنصب، فحدد فقهاء الشريعة الإسلامية على سبيل حماية الملك الوقفي، نطاق المهام الموكلة لناظر الملك الوقفي، وقد انتهج المشرع الجزائري نفس هذه الرؤية، في نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 98–381 ولم يرد هذا التحديد على سبيل الحصر، واحتفظ المشرع للقاضي إمكانية استدراك النقائص بتغطيتها من أحكام الشريعة الإسلامية، تطبيقا لنص المادة 02 من قانون الأوقاف 91–10وقد حددت المادة 13من المرسوم التنفيذي 98–381 نطاق هذه المهام كما يلي :

1-السهر على العين الموقوفة، ويكون بذلك وكيلا على الموقوف عليهم وضامنا لكل تقصير،

2-المحافظة على الملك الوقفي وملحقاته وتوابعه من عقارات ومنقولات،

3-القيام بكل عمل يفيد الملك الوقفي أو الموقوف عليهم،

4-دفع الضرر عن الملك الوقفي مع التقيد بالتنظيمات المعمول بها وبشروط الواقف،

5-السهر على صيانة الملك الوقفي المبني وترميمه وإعادة بنائه عند الاقتضاء،

6-السهر على حماية الملك الوقفي والأراضي الفلاحية الوقفية واستصلاحها وزراعتها، وفقا لأحكام المادة 45 من القانون 91–10 المؤرخ في 27 أفريل 1991 والمذكورة أعلاه،

7-تحصيل عائدات الملك الوقفي،

8-السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم مع مراعاة شروط الواقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي و حمايته وخدمته المثبتة قانونا.

لكن وللأسف الواقع يظهر عكس ذلك؛ بسبب عدم الحسم في المهام الموكلة قانونا لناظر الملك الوقفي باعتباره المسير المحلي المباشر للوقف، والأجهزة الإدارية التي شرعت لتساعده في التسيير، فناظر الملك الوقفي مُغيَب عمليا على جميع مستويات التسيير، خاصة في جانبها التثميري وفي مختلف التصرفات الواردة على الملك الوقفي، ويبرز ذلك جليا في مختلف إجراءات الاستبدال، وعقود الاستثمار الواردة على الملك الوقفي؛ فالمصالح المركزية هي الطرف المباشر المعني في عملية استبدال الوقف، وهي الممثلة للوقف والمكلفة قانونا بإبرام أي عقد من هذه العقود.

الفصل الثاني

التصرف في الملك الوقفي

الفصل الثاني

التصـــرف في الملــك الوقفي

تتمتع الأصول الوقفية نظراً لأهميتها بحماية خاصة، فلا يجوز كقاعدة عامة أن تكون هذه الأصول محل تصرف قانوني، إلا أن هذه الفكرة تعتبر مرنة من حيث تطبيقها العملي، لأن الحفاظ على الغاية من محل الوقف تستدعي في بعض الأحيان تحريك الأصل الوقفي باستبداله، و تحاول إدارة الأملاك الوقفية تحقيقا لهذه الغاية إدراج الاستبدال كأحد وجوه التصرف الواردة على أصل الملك الوقفي، فالضرورات العملية تجعل الملك الوقفي قابلا للتصرف فيه باستبداله، ويعتبر الاستبدال طريقاً لاستبقاء الوقف وتأبيده ما أمكن، لذا أقر الفقهاء شرط الاستبدال ضمن الشروط المنظمة للوقف.

في سبيل دراسة هذا الفصل المعنون بالتصرف في الملك الوقفي، وجب تقسيمه مبحثين حيث نتعرض إلى في المبحث الأول إلى الاستبدال وعلاقة الواقف بالناظر، ثم في المبحث الثاني إلى ضوابط الاستبدال وإجراءاته.

المبحث الأول: الاستبدال وعلاقة الواقف بالناظر

تتنوع الأملاك الوقفية بين عقارات ومنقول بمختلف أنواعها، وديمومة هذه الأموال تعرضها للتلف والخراب، و تصرف الاستبدال رغم خطورته يعتبر سبيل من سبل المحافظة على الأملاك الوقفية، وفي هذا الصدد يجب التطرق في هذا المبحث إلى مطلبين يتم دراسة مفهوم استبدال أموال الوقف في المطلب الأول ثم التطرق إلى علاقة الواقف بمتولي الاستبدال في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم استبدال أموال الوقف

يقتضي الحديث عن مفهوم استبدال أموال الوقف، ضرورة تقسيم هذا المطلب إلى فرعين بحيث يتم عرض تعريف الاستبدال في الفرع الأول ثم في الفرع الثاني التطرق إلى تثمير الأوقاف بالاستبدال.

الفرع الأول: التعريف الاستبدال

لبيان تعريف الاستبدال في هذا الفرع، يتطلب الأمر الوقوف على أمرين هامتين هما: تعريف أموال الوقف أولا، ثم تعريف الاستبدال وصوره ثانيا.

أولا: استبدال أموال الوقف

للوقوف على معنى استبدال أمول الوقف يجب التطرق إلى النقطة إلى نقطتين من الأهمية بمكان: الأولى متعلقة بالتعريف بمصطلح أموال الوقف ومشتملاته، تم التعريف بمصطلح الاستبدال في النقطة الثانية.

1. **أموال الوقف**: إن الأصل المألوف في الوقف –المال الموقوف– أن يحبس منذ تاريخ وقفه في حالة صالحة للاستعمال للأغراض التي أرادها الواقف، ويصعب القول بغير ذلك[1]، حتى يُتَمَكَن من إنتاج المنافع المقصودة لتحقيق أهداف وجوده؛ وأموال الوقف هي أصوله وما ينتج عنها من أموال، أي أصل وريع الوقف.

ومما يدخل في أصول أموال الوقف إضافة إلى العين الموقوفة أو المال الموقوف عند تاريخ وقفه؛ المخصصات ومال البدل، وأموال التأمينات المستحقة شرعا للوقف في مقابل إتلاف المال الموقوف، أو إلحاق ضرر به. وأما عن ريع الوقف؛ فهو ثمره أي زيادته ونماؤه، وهذه الزيادة قد تكون ربحا أو فائدة، أو غلة، وقد تكون المنفعة كمنفعة سكنى الدار والصلاة في المسجد كما يمكن أن تلحق حقا كحق الارتفاق مثلا [2].

ويقصد بالمخصصات؛ " المال المحجوز من الريع للعمارة أو الديون المعدومة، وعمارة الوقف عند الفقهاء هي إصلاح الموقوف والعناية به وصيانته بحيث يبقى على ما كان عليه حين الوقف، وعدم تفويت منفعة من منافعه ولا خلاف بين العلماء في ذلك"[3]. كما يقصد بمال البدل؛" ثمن الأصل الموقوف، إذا بيع بقصد الاستبدال ولم يستبدل بعد، والاستبدال هو إخراج العين الموقوفة عن الجهة وقفها ببيعها وشراء عين أخرى تكون وقفا بدلها، ..."[4]. أما أموال التأمينات؛ فنعني بها "الأموال المستحقة شرعا للوقف في مقابل إتلاف المال الموقوف أو إلحاق الضرر به"[5].

(1) م نذر ق حف، المرجع السابق، ص221.

(2) أحمد قاسمي، المرجع السابق، ص 29.

(3) المرجع نفسه، ص 29.

(4) المرجع نفسه، ص 29.

(5) المرجع نفسه، ص 29.

2. **تعريف الاستبدال:** تحديدا لمعنى الاستبدال يجب دراسته لغة، ثم اصطلاحا أو فقها، ثم التعرض إلى التعريفات التي أوردها التشريع إن وجدت.

1.2 **التعريف اللغوي للاستبدال**: بَدَلٌ وبْدْلٌ لغتان، ومَثَلٌ ومِثْلٌ، وشبهٌ وشبهٌ، ونكلَ ونكلٌ، قال أبو عبيدٍ ولم يُسمع في فَعَلٍ وفِعْلٍ غير هذه الأربعة الأحرف، البَدِيلُ: البَدَلُ وبَدَلُ الشيء غَيْرُهُ ، بِدْلُ الشيء وبَدَلُهُ وبَدِيلُهُ الخلف منه، والجمع أبدال قال سيبويه: إن بدلك زيد، أي إن بديلك زيدٌ، وتبدل الشيء وتبدل بِهِ واسْتَبْدَلَهُ واسْتَبْدَلَ به، كله اتخذ منه بدلاً، أَبْدَلَ الشَيْءَ مِنَ الشَّيْءِ وبدَّلَهُ: تَخِذَهُ منه بَدَلًا وأبدلت الشيء بغيره وبدّلهُ الله من الخوف أمناً. وتبديل الشيء تغييره وإن لم تأت ببدلٍ، واستبدل الشيء بغيره وتبدله به إذا أخده مكانه، والمبادلة: التبادل. والأصل في التبديل تغيير الشيء عن حاله، والأصل في الإبدالِ جعل شيءٍ مكان شيءٍ آخر [(1)].

2.2 **التعريف الاصطلاحي أو الفقهي للاستبدال**: يراد بالاستبدال في الاصطلاح الفقهي أحد الأمرين:

أ) بيع الموقوف عقارا كان، أو منقولا بالنقد وشراء عين بثمنه لتكون موقوفة مكان العين التي بيعت.

ب) المقايضة على عين الوقف بعين أخرى[(2)].

كما اصطلح بعض الفقه على عملية الاستبدال بمصطلحي "التبديل والتغيير" فيقول العلماء أنه: " إذا اجتمع هذان الشرطان في كتاب الوقف واحد كان معنى التبديل، تبديل العين الموقوفة، فإذا كانت دار للسكن جاز بمقتضى هذا الشرط أن تجعل مخزنا أو أرضا زراعية وهكذا، ومعنى التغيير يفيد تغيير الشروط التي اشترطها الواقف في كتاب وقفه، فله بناء على ذلك أن يغير ما شاء مما اشترطه في كتاب وقفه، فيزيد من شاء وينقص بغلة الوقف من شاء، مدى حياته أو مدة معينة، وله أن يغير في مرتبات وأنصباء المستحقين"[(3)]، فالفرق بين التغيير والتبديل؛ يكمن في كون" التغيير يكون في مصارف الوقف وطرق الصرف، أما التبديل يكون في الأعيان الموقوفة، وإذا ذكر التغيير وحده شمل التغيير في المصارف والأعيان، وكذلك التبديل إذا ذكر منفردا، فإنه يشمل الأمرين معا"[(4)].

---

(1) ابن منظور، المرجع السابق، ص231.

(2) منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى سنة2011، ص167.

(3) زهدي يكن، أحكام الوقف، المطبعة العصرية للطباعة والنشر، بيروت الطبعة الأولى، بدون سنة طبعة، ص211.

(4) محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 162.

ركز بعض الفقه في تعريفه للاستبدال على طريقة إجراء هذه العملية، فضمنوا تعاريفهم مصطلحي "البيع" و "الشراء" فقد عرف البعض بقولهم:" يراد بالإبدال بيع العين الموقوفة لشراء عين أخرى تكون وقفا بدلها، والبدل هو العين المشتراة لتكون وقفا عوضا عن العين الأولى، والاستبدال هو أخد العين الثانية مكان الأولى"[1] ، كما عرف بأنه:" تصرف يقصد به بيع ما قل أو انعدم ريعه من الوقف بغرض شراء ما هو أفضل منه وجعله وقفاً مكانه"[2].

و ركز البعض الآخر في تعريفه للاستبدال على محل الوقف والعين المستبدلة، فنجد في تعارفهم مصطلحات "الطاقة الإنتاجية" و" خراب العين" "تعطل المنافع"، فقد عرف الاستبدال حسبهم بأنه: "أسلوب للمحافظة على الطاقة الإنتاجية للوقف عن طريق بيع عين الوقف خرِبت أو قل ريعها، والاستبدال بثمنها عيناً أخرى تحل محلها"[3]، كما عرف بعض الفقه بأنه: "تصرف من التصرفات التي تجرى على الوقف في حال خرابه أو تعطل منافعه وقد تباينت آراء الفقهاء حوله بين موسع ومضيق، وذلك خشية أن يستخدم الاستبدال وسيلة للتحايل والاستيلاء على الأوقاف ومنافعه"[4]، فللاستبدال مساوئ ومحاسن بحسب تصرف الناس وقد رجح منع الاستبدال من باب سد الدرائع بسبب فساد النظار والقضاة[5].

إذن فالاستبدال يتم بالمقايضة؛ بحيث تأخذ عين بدل مكان العين الموقوفة وتجعل وقفاً مكانها، أي مبادلة عيناً بعين، كما يتم ببيع العين الموقوفة وتخصيص الثمن لشراء عين أخرى تصبح وقفًا أيضاً، وهو التطبيق الغالب، وكل هذه التعاريف مجتمعة في ضرورة توخي مصلحة الوقف في الاستبدال.

2.3. تعريف التشريعي للاستبدال: لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الاستبدال، رغم اعتماده كإجراء من الإجراءات المنصوص عليها في قانون الأوقاف 91-10 والتي من خلالها يحفظ الملك الوقفي من الخراب والانتهاء، و يتضح من خلال نص المادة 24 من نفس القانون أن المشرع الجزائري استعمل مصطلحي التعويض والاستبدال؛ قاصداً بمصطلح التعويض كلمة الإبدال المتعارف

(1) زهدي يكن، المرجع السابق، ص211.

(2) فؤاد عبد الله العمر، المرجع السابق، ص62.

(3) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص 232.

(4) محمد الأمين بالميلود، المرجع السايق، ص162.

(5) فؤاد عبد الله العمر، المرجع السابق، ص64.

عليها في الشروط العشرة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية والتي تعني إخراج العين الموقوفة من جهة وقفها ببيعها، ولكنه ربطها بمصطلح الاستبدال الذي يقصد به شراء عين أخرى تكون وقفاً بدلها(1).

ثانيا : صور استبدال الوقف

يقصد بصور استبدال الوقف في هذا الصدد الاختلاف والتشابه بين أصل عين الوقف والعين المستبدلة من حيث الجنس والنوع، وصور استبدال الوقف متعددة وهي في العموم على ثلاثة صور تتمثل الأولى في إتحاد الجنس والنوع معًا، أما الصورة الثانية فتتمثل في إتحاد الجنس واختلاف النوع، وآخر صورة تتمثل في إختلاف جنس البدل والمستبدل.

1. **اتحاد الجنس والنوع معًا**: يكمن بيان هذه الصورة المتعلقة باستبدال ملك الوقف؛" أن الاستبدال يكون في جنس عينٍ واحدة ومن نوعٍ واحدٍ، كما في العقار، كاستبدال مسجدٍ بمسجدٍ، واستبدال أرضٍ بأرضٍ، ودارٍ بدارٍ، أو في المنقول، كاستبدال سيارة بسيارة، أو سلاحٍ بسلاحٍ للمجاهدين من نوع واحدٍ، أو متاعٍ بمتاع"(2). فالمقصود بالجنس في هذا الصدد؛ التفريق بين محال الوقف من حيث طبيعتها أي كونها عقارات أو منقولات، أما المقصود بالنوع فهو بالنسبة لجنس العقار إما أرض أو دار أو حانوت، وبالنسبة لجنس المنقول فهو إما فرس أو سلاح أو كتب أو وغيرها من محال الوقف.

.1.1. **استبدال العقار الموقوف المتحد في الجنس ونوع** : وهو كما بينا سابقا كاستبدال أرضٍ بأرضٍ، أو دارٍ بدارٍ أو مسجدٍ بمسجدٍ، والفقه مختلف في هذا الصدد وهو على قولين: فمنهم من قال بجواز استبدال العين الوقفية إذا قلّ الناتج، أو من أجل المصلحة والمنفعة العائدة على الوقف، ومنهم من قالوا بعدم جواز استبدال الوقف في العقار، وإن تعطلت منافعه وصار خرابًا.

.2.1. **استبدال الوقف المنقول المتحد في الجنس والنوع**: وهو كما أسلفنا كاستبدال سجاد بسجاد، أو مصاحف بمصاحف أخرى، أو غيرها من المنقولات الموقوفة. والفقه القائل بجواز وقفِ المنقول متفق على عدم جواز استبداله من غير سبب أو مصلحة، أمّا إذا ثبت خرابه، وتعطلت مصلحته، أو قلت منفعته فهم على قولين: فمنهم من أقر صحة استبداله بآخر من جنسه ونوعه

---

(1) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص232.

(2) عبد القادر عبد الله حسين الحواجري، استبدال الوقف وبيعه، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة الإسلامية، الجامعة الإسلامية، غزّة، 2015 م. ص60.

لثبوت المصلحة، ومنهم من قال بعدم جواز استبدال المنقول بآخر من جنسه حتى لو وجدت المصلحة[1].

2. **حكم استبدال الوقف متحد الجنس مختلف النوع**: والمثال في هذه الصورة في العقار: كاستبدال دارٍ بحانوتٍ، أو مسجدٍ بأرضٍ، أو أرضٍ بدارٍ هذا في العقار، أما في المنقول:كاستبدال مصاحفٍ بكتبٍ، أو استبدال سلاحٍ بآلة نقلٍ، أو فُرشِ مسجدٍ بمولد كهرباء، ففي هذه الأمثلة محال الوقف متحدة من حيث الجنس، ومختلفة في النوع.

اختلف العلماء الذين أجازوا الاستبدال في حكم استبدال الموقوف إذا اتحد جنسه واختلف نوعه؛ وهم في ذلك على قولين: قول ذهب إلى عدم اشتراط اتحاد الجنس واتحاد النوع، فيجوز حسبهم استبدال الوقف بمحل آخر مختلف من حيث النوع[2]، فقال الشيخ تقي الدين: "[وجوز] جمهور العلماء تغيير صورته لمصلحة، كجعل الدار حوانيت، والحكورة المشهورة، فلا فرق بين بناء ببناء، وعرصة بعرصة."[3]، والقول الثاني اشترط فيه الفقهاء اتحاد الجنس واتحاد النوع حتى يصح الاستبدال سواء في العقار أو في المنقول، بينما أجازه البعض في المنقول فقط[4].

3. **اختلاف الجنس**: وتتمثل هذه الصورة في استبدال عقارٍ موقوفٍ بمنقول، أو العكس مال وقف منقولٍ بعقار، كاستبدال أرضٍ موقوفةٍ بسيارة، أو عكس ذلك كاستبدال سيارة موقوفةٍ بأرضٍ وغيرها.

1.3 **استبدال عقار موقوف بعين منقولة**: لم يتفق الفقه في هذا الصدد فلم يجزه أكثر الفقه، وأجازه بالمقابل قلة من الفقهاء؛ متى كان أنفع وناتجه أكثر وكان فيه مصلحة للموقوف عليهم[5].

2.3 **استبدال وقف منقول بعقار**: الفقه متفق في جواز هذا الاستبدال إذا أصبح المنقول غير صالح للغرض الذي وقف من أجله، فيجوز استبداله محافظة على أموال الوقف، بأي شيء يعود بالنفع على أهل الوقف، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه، وباعتبار أن العقار أكثر أهمية

(1) عبد القادر عبد الله حسين الحواجري، ص60.

(2) المرجع نفسه ، ص71.

(3) مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهي، الجزء الرابع، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق، بدون سنة الطبع، وبدون رقم الطبعة، ص370/369.

(4) عبد القادر عبد الله حسين الحواجري، المرجع السابق، ص73.

(5) المرجع نفسه ، ص75.

وأعظم مكانة من المنقول، ودوامه أطول من المنقول كما يعتبر تأبيده مستقر، فهذا الاستبدال إذا يعود بالخير على الوقف والمستفيدين منه[1].

الفرع الثاني: تثمير الأوقاف بالاستبدال

إضافةً إلى كون الاستبدال وسيلة للحفاظ على الملك الوقفي، يعتبر كذلك أحد السبل التي يسلكها الواقف أو متولي الوقف، في سبيل تثمير أصل الملك الوقفي، والانتفاع به من خلال استبدال الأصول القديمة بغيرها من الأعيان الصالحة[2]، كما قد يسلك طريق الاستبدال للبحث عن مصادر تمويلية للمحافظة على الوقف، أو من أجل تعزيز مداخيل الوقف بطريق الاستثمار وهو ما يجب معالجته في هذا الفرع.

أولا: الاستبدال كسبيل لإيجاد مصادر تمويل لصيانة الوقف وعمارته

يحتاج الوقف في سبيل استمرارية الانتفاع به إلى تمويلات من أجل مجابهة مصاريف صيانته وتسييره، قد يكون للوقف مصادر تمويل ذاتية مثل: غلته والمخصصات أو ما يسمى (المال الاحتياطي)، أو بدل الإيجار متى كان محل الوقف مُؤَجرا، كما قد يُلْجأ إلى التمويل بمصادر خارجية منها مال الواقف أو الموقوف عليهم ، أو التبرعات، أو أموال الخزينة العمومية. لكن في بعض الحالات قد تنعدم كل هذه المصادر وتكون أموال الوقف عبارة عن عقارات متهدمة أو متدنية، بالإضافة إلى كون أراضيه الزراعية بور، فيصبح الوقف متدني الريع والغلة، مما يتسبب في تعطيل الأهداف التي أُنشِئ من أجلها، وهو ما دفع العلماء والمهتمين بشؤون الأوقاف بالبحث عن صيغ وأساليب التمويل المناسبة لصيانة الوقف وعمارته؛ سواء بالاستدانة من الغير أو البحث عن استثمار الأوقاف، كما قد يلجأ إلى إبدال واستبدال الوقف كسبيل من سبل التمويل وله صور متعددة ومتقاربة وهي:

أ) بيع جزء من الوقف ليعتمر جزء آخر من هذا الوقف نفسه؛ ويصح بيع بعض الوقف إذا لم تمكن إجارته من إصلاحه، لأنه إذا جاز بيع الكل عند الحاجة، فبيع البعض مع بقاء البعض أولى، إذا اتحد الواقف والجهة الموقوف عليها.

---

(1) عبد القادر عبد الله حسين الحواجري، ص78.

(2) فؤاد عبد الله العمر، المرجع السابق، ص64.

ب) بيع وقف من أجل تعمير وقف آخر يتحد معه في جهة الانتفاع.

ت) بيع عدد من الأملاك الوقفية وشراء أو إنشاء عقار جديد ذي غلة عالية يصرف ريعه على جهات الأوقاف المبيعة، ولا يتم هذا إلا بالرجوع إلى القاضي لينظر في الأمر الذي به تتحقق مصلحة الوقف[1].

يعتقد بعض الفقه أن الاستبدال هو أسلوب يؤدي إلى انخفاض قيمة الوقف مع مرور الوقت، فأي عقار وقفي خرب يتم استبداله بآخر صالح لا يمكن أن تحدث هذه العملية إلا إذا كان تقييم العقار الخرب بسعر أقل من العقار الصالح[2].

ثانيا: الاستبدال كسبيل لاستثمار الأموال الوقفية

رغم اختلاف مفهوم الاستبدال عن الاستثمار؛ الذي يقصد به "العمل على بقاء أصل الوقف وتنميته، وزيادة موارده"[3]، فقد يكون تصرف بالاستبدال سبيل من أجل استثمار الأموال الوقفية بمختلف أنواعها ومن أمثلة ذلك، استثمار الأموال الوقفية بطريق التمويل الخارجي، وذلك بإتباع أحد الأسلوبين: إما المشاركة المتناقصة لصالح الوقف، أو المشاركة الدائمة بطريق الاستبدال.

1. **المشاركة المتناقصة لصالح الوقف** ويتم هذا الأسلوب بأن تطرح إدارة الوقف مشروعا ناجحا كمصنع أو عقار أو غيرها من الاستثمارات على بنك إسلامي أو أحد المستثمرين، حيث يتم بينهما المشاركة العادية، كل بحسب تقديماته، ثم يخرج البنك أو المستثمر تدريجيا من خلال بيع أسهمه أو حصصه وفق الزمن المتفق عليه مقابل المبالغ المتفق عليها، وقد يكون الخروج في الأخير بحيث يتم بيع نصيبه إلى إدارة الوقف مرة واحدة، والعكس صحيح أي بإمكان إدارة الوقف أن تبيع هي حصتها من المشروع لشريكها، وغالبا ما تقدم الإدارة الوقفية في هذا النوع من الاستثمار قطعة من عقار موقوف ويقوم المستثمر بتحويل العقار إلى مجموعة مباني، ويتقاسم الربح بينها بحسب النسب المتفق عليها، وخلال الزمن المتفق عليه، إذا كان فحوى الاتفاق تمليك الشريك بعد القسمة جزء من عقار الوقف فإن هذا التمليك لا يتم إلا حسب شروط الاستبدال [4].

---

(1) أحمد قاسمي. المرجع السابق، ص 35.

(2) فؤاد عبد الله العمر، المرجع السابق، ص65.

(3) خالد بن علي المشيقع، النوازل في الأوقاف، كرسي الشيخ راشد بن دايل لدراسة الأوقاف، الرياض، د ر ط، سنة 2012، ص425.

(4) عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثماره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2006، ص129.

2. **المشاركة الدائمة بطريق الاستبدال:** فيكون بأن تقدم مؤسسة الوقف الأراضي التي قُدرت قيمتها وبين الممول بالبناء عليها بناءً يقدر قيمته، ويصبحا شريكين أي الممول والجهة القائمة على الوقف في البناء والأراضي، ويتم تأجير البناء بأجرة مشتركة بينهما لنفس النسبة، ويتم التنازل عن جزء من الوقف مقابل جزء من البناء، وهذا استنادا لنص المادة 26 مكرر-6 من قانون الأوقاف[1]. رغم أهمية الاستبدال إلا أنه استخدم وسيلة للاستيلاء على الأملاك الوقفية وتحويلها إلى أملاك خاصة، حسب ما تذل عليه الأحداث التاريخية، ولذلك نصت بعض الوثائق في عصر المماليك على منع الاستبدال فإن قام به الناظر كان معزولا وإن وافقه القاضي كان ملعونا[2].

المطلب الثاني: علاقة الواقف بمتولي الاستبدال

يستوجب التصرف في الوقف باستبداله؛ ضرورة توخي تحقيق مصلحة الواقف التي هي من مصلحة الوقف وكذلك مصلحة الموقوف عليهم، فيجب أن يستهدف هذا التصرف الخطير عوامل بقاء الوقف والمحافظة عليه، وليس العكس. وقد توسع الفقه في تبيان شروط متولي استبدال الوقف، وتبيان اشتراطات الواقف، بشكل يجعل هذه العملية تصب في مقصدها الشرعي الذي رسمه الواقف وفق الشروط التي ضمنها في عقد الوقف، وهو ما سيتم معالجته في هذا المطلب بالتطرق في الفرع الأول إلى ضوابط متولي استبدال الوقف واشتراطات الواقف، ثم في الفرع الثاني إلى أثر اشتراطات الواقف في استبدال الوقف.

الفرع الأول: متولي الاستبدال واشتراطات الواقف

قد يتولى استبدال الوقف، الواقف أو الحاكم أو الموقوف عليه أو ناظر، والفقهاء متفقون على جواز اشتراطات الواقف بأنواعها؛ فقد تتعلق بالوقف وطريقة استغلاله واستعماله، كما قد تتعلق بإسناد ولاية الوقف لشخص معين أو للموقوف عليه أو لغيرهما، بشرط أن يكون المعين أهلا للولاية[3]، فقد حدد الفقه والتشريع جملة من الضوابط التي يجب أن تتوافر في المتولي، خاصة إذا تعلق

(1) عبد الرزاق بوضياف، ص 130 .

(2) فؤاد عبد الله العمر، المرجع السابق، ص62

(3) عبد القادر عبد الله حسين الحواجري، المرجع السابق، ص83.

الأمر بالاستبدال، وهو ما سيتم دراسته في هذا الفرع بالتطرق إلى نقطتين تتعلق الأولى بنزاهة القائم بعملية الاستبدال، والثانية باشتراطات الواقف وأنواعها.

أولا: نزاهة القائم بعملية الاستبدال

يُشترط أن لا يكون المتولي متهما في التصرف في الوقف بإجراء الاستبدال لمصلحة أصوله أو فروعه أو زوجته بأقل من ثمنه، أما إذا باعه بمثل قيمته فقد أجاز البعض ذلك [1]؛ واشترطوا فيه المصلحة الراجحة إذا كان البيع الموقوف سيتم بمثل قيمته[2]، وعبر بعض الفقهاء عن هذا الشرط بخلو عملية الاستبدال من التهمة، فالأصل أنه لا يبيع المتولي أو الواقف المال الموقوف لمن لا تقبل شهادتهم من أصوله وفروعه وأزواجه، ولا يشتري منهم كذلك، لأن التصرف في الوقف بالبيع والشراء في مسمى الاستبدال لواحد من هؤلاء، كاف لورود الشبهة والتهمة في ذلك[3]. فلا يجوز للواقف ولا للمتولي ولا للقاضي أن يبيع الموقوف للاستبدال لمن لا تقبل شهادتهم له "أصوله وفروعه، وأزواجه"[4].

ونشير هنا إلى أن صاحب الحق في استبدال الوقف لم يحدده المشرع الجزائري، غير أنه وفي إطار الولاية العامة لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، فإنه يثبت لها هذا الحق ممثلة في مديرية الشؤون الدينية والأوقاف التي تعتبر الجهة الوصية على الأوقاف على المستوى المحلي وفقاً لنص المادة 10، 11، 12 من المرسوم التنفيذي 98 ـ381 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية[5]، والتي تقضي بأنها الجهة التي تسهر على عملية تسييرها وحمايتها، لكن من الضروري إشراك ناظر الملك الوقفي المعين بقرار وزاري بموجب نص المادة 16 من ذات المرسوم، على اعتبار أن ناظر الملك الوقفي هو المسير المحلي المباشر للملك الوقفي، طبقاً لنص المادة 12 من نفس المرسوم التنفيذي 98-381 ومن مهامه طبقًا للمادة 13 من هذا المرسوم المحافظة على

(1) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 216.

(2) المرجع نفسه، ص 216.

(3) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص 163.

(4) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 130.

(5) المرسوم التنفيذي 98-381، المعدل والمتمم المرجع السابق.

الملك الوقفي وملحقاته وتوابعه ويجب على متولي استبدال الوقف مراعاة اشتراطات الواقف التي تعتبر مصدر تنظيم الوقف وهذا وفق ما نصت عليه المادة 14 من قانون الأوقاف 91-10 بقولها بأن:" اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها".

ثانيا: اشتراطات الواقف وأنواعها

قبل عرض اشتراطات الواقف، تجب الإشارة إلى أن الفقه مختلف في صحة الوقف المقترن باشتراط الاستبدال وصحة شرط الاستبدال الوارد في الوقفية، وهم في ذلك على ثلاثة أقوال: القول الأول: أنه يصح الوقف والشرط معا ، فقد أجازه أبي يوسف استحسانا لأن الواقف إذا لم يحدد إقامة الأرض الأخرى مقام الأولى يكون الوقف باطلا بالقياس، ولكن باعتبار أن الأرض تعينت للوقف، يقوم ثمنها مقام الأرض بمجرد تعويضها بأرض أخرى[1].

القول الثاني : تبنى بعض الفقه اعتبار أن الوقف صحيح ولا أثر لذلك الشرط[2].

القول الثالث :أنه يبطل الوقف والشرط معا[3].

1. **أنواع شروط الواقفين:** صنف الفقه شروط الواقفين إلى أنواع ثلاث؛ ممنوعة، وجائزة، ولازمة [4] وهي على التوالي:

1.1. **الشروط الممنوعة:** صنفت هذه الشروط بأنها ممنوعة لمخالفتها قواعد الشرع كما لو اشترط الواقف استثمار غلة الوقف بالطرق المحرمة كالربا أو اشترط الإنفاق على السبل المكروهة شرعا، أو أي شرط يضر بمصلحة الوقف والواقفين فهذه الشروط تعد باطلة.

1.2. **الشروط الجائزة:** فهذا النوع من الشروط يعمل القائم بالوقف بها ما أمكن، ولكن إذا ثبت أن العمل بها يضر بالوقف والواقفين استبعدت، كأن يشترط الواقف تعطيل استثمار الوقف بمنع الاستبدال، فمتى تعطل الوقف أو تخرب جاز استبداله، أو كما لو اشترط الواقف للمستحقين أرزاقا

____

(1) برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر، الإسعاف في أحكام الأوقاف، دار الرائد العربي، بيروت لبنان، د ر ط، 1981م، ص35.

(2) المرجع نفسه، ص35.

(3) المرجع نفسه، ص35.

(4) برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر، الإسعاف في أحكام الأوقاف، تحقيق صلاح محمد أبو الحاج، دار الفاروق، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2015 م، ص23/21.

عينية يومية من الوقف كالخبز واللحم، فللمتولي الخيار في أن يدفع لهم قيمة ذلك نقدا، "وأساس هذه المخالفة أنَّه راجع إلى أنَّ مخالفة شرط الواقف إلى خير منه جائزة" [1].

.3.1. **الشروط اللازمة:** وهي الشروط التي تعبر عن إرادة الواقف في توزيع غلة الوقف في المصاريف المشروعة، وليس لهذه الشروط علاقة باستثمار الوقف أو نحوه، مما لا يتصور فيه حصول عوارض تستدعي مخالفة شرط الوقف، كما لو اشترط توزيع غلة الوقف بين الموقوف عليهم وفق كيفية معينة والقاعدة في الوقف:" أن شرط الواقف كنص الشارع، وتعد الدستور الفقهي المتبع في شروط الواقفين فيلزم العمل به[2].

2. **طبيعة شروط الواقفين:** من القواعد المقررة فقها أن شروط الواقف الجائزة هي كأصل الوقف لا يصح الرجوع عنها، ولا التغيير والتبديل فيها، فإذا أُبْرِم عقد الوقف ولم يحتفظ الواقف لنفسه أو لغيره في صك الوقفية بحق التغيير والتبديل في شروط الوقف، والنواحي التي يمكن للواقفين أن يشترطوا لأنفسهم حق التعديل فيها، هي التي اصطلح عليها متأخري الفقهاء والموثقين اسم الشروط العشرة؛ وهي الزيادة والنقصان، الإدخال والإخراج، والإعطاء والحرمان، والتغيير والتبديل، والإبدال والاستبدال، وألحق بها بعض الفقه التخصيص والتفضيل، فكل هذه الشروط تؤول في المعنى إلى شرطين: تغيير الشروط واستبدال الموقوف[3].

ونص المشرع الجزائري في هذا الصدد في المادة 14، على أن تنظيم الوقف يخضع لاشتراطات الواقف في حدود نهي الشريعة الإسلامية، فجاء نص المادة على هذا النحو: "اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها."، وقد حدد المشرع الجزائري في المادة 16 من قانون الأوقاف طبيعة شروط الواقفين المعتد بها، حيث جعل الأخذ بها مرهونا بمدى عدم منافاتها لمقتضى حكم الوقف أو إضرارها بمحله أو بمصلحة الموقوف عليه، وهو المعيار الذي ذهب إليه الفقه وقرره، وإلاّ تكون محلا للإلغاء من القضاء[4]، وجاء نص المادة 16 على هذا النحو: " يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه، إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم أوضارا بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه."

---

(1) برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ، المرجع السابق، ص22.

(2) المرجع نفسه، ص22.

(3) برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر، المرجع السابق، ص24.

(4) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص 230.

الفرع الثاني: أثر اشتراطات الواقف في استبدال الوقف

يعتبر شرط الاستبدال الحلقة المهمة التي يجب العودة إليها في كل عملية استبدال تستهدف الملك الوقفي، بالبحث عن رأي الواقف في عملية الاستبدال وإجراءاتها، وفي متولي الاستبدال، قبل اللجوء إلى تطبيق القواعد العامة في استبدال الأوقاف، و في هذا الصدد يجب التطرق إلى عملية الاستبدال في حالتين: الحالة الأولى اشتراطها من الواقف، ثم حالة سكوت الواقف عن الاستبدال أو نهييه عنه.

أولا: حالة اشتراط الاستبدال من الواقف

في حالة ما إذا اشترط الواقف لنفسه الاستبدال فقط، جاز له دون غيره بمقتضى ما اشترطه أن يستبدل بالعين الموقوفة غيرها، وليس له أن يكرر الاستبدال إلا إذا اشترط لنفسه التكرار وإن شرطه لغيره جاز لمن شُرط له الاستبدال أن يستبدل الموقوف [1]، و جاز للواقف أن يفعل ذلك منفردا، وإن اشترطه لنفسه ولغيره جاز لهما أن يشتركا في الاستبدال، ويجوز للواقف أن ينفرد به.

ولكن لا يجوز لغيره الانفراد به، ولا يجوز لمن شرط له الاستبدال أن يوصي بهذا الحق لأحد بعد وفاته إلا إذا و جد نص صريح من الواقف على ذلك. ويجوز في كل الأحوال لمن شرط له الاستبدال أن يمارس هذا الحق بنفسه أو بواسطة وكيل[2].

و يجوز استبدال العين الموقوفة سواء كان الموقوف عامرا ينتفع به أو متخربا لا ينتفع به أصلا أو ينتفع به شيئا قليلا. وإذا اشترط الواقف أن يتحد جنس البدل والمبدل، وجب العمل بشرطه كما إذا اشترط أن يستبدل بالدار الموقوفة دارا، وبالأرض الموقوفة أرض زراعية، أما إذا لم يشترط ذلك فإنه يجوز أن يستبدل بالدار دارا أو أرضا زراعية، وبالأرض الزراعية دارا للاستغلال أو أرضا أخرى عملا بالإطلاق[3].

وأخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في نص المادة 15 من قانون الأوقاف بنصه أنه:" يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف".

---

(1) زهدي يكن أحكام الوقف، ص 211

(2) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص 233.

(3) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 211

ثانيا: حالة سكوت الواقف عن الاستبدال أو نهيه عنه

إذا سكت الواقف حين الوقف ولم يشترط الاستبدال لنفسه أو لغيره فليس له بيع العين الموقوفة ولا استبدالها ولو صارت خربة[1]، و يتوقف الاستبدال في هذه الحالة على إذن من القاضي، وهذا في حالتين هما:

ـ إذا ضعفت الأرض وقل إيرادها بحيث أصبح ريعها لا يكفي لصيانتها وتكاليفها، ولم يكن للوقف غلة تصلح بها ولم يوجد من يرغب في استئجارها مدة طويلة بأجرة معجلة تصرف في إصلاحها وتستقطع من أصل أجرتها[2].

–إذا كان الموقوف منتفعًا به: فيراد من الاستبدال في هذا الصدد، إيجاد عين أخرى تكون أكثر إيرادًا وأجزل منفعة للوقف، فهي مصلحة يراد تحقيقها[3].

ومتى وجدت الضرورة بتحقق الشرطين المذكورين، جاز للقاضي استبدال الوقف أو المرجع المختص سواء أكان الواقف قد اشترطه في وقفيته أو سكت عنه أو نهى عنه [4].

وموقف المشرع الجزائري في هذا الصدد، يُمْكِن أن يُسْتَنتج من باب مخالفة من نص المدة 15 السالفة الذكر، فلا يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف، إذا لم يشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف.

---

(1) زهدي يكن، المرجع السابق ، ص 225.

(2) المرجع نفسه، ص227.

(3) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص 234.

(4) زهدي يكن، المرجع السابق، ص227.

المبحث الثاني: ضوابط الاستبدال وإجراءاته

توسع الفقه في فرض المعايير التنظيمية لعملية الاستبدال؛ وهذا التوسع غرضه دوما المحافظة على الملك الوقفي، وحقوق الموقوف عليهم، ودرء أي شبهة يمكن أن تشوب عملية الاستبدال، ومن جملة ما أسهب الفقه في تنظيمه أن وضع ضوابط للعين المستبدلة وأخرى متعلقة بعين البدل، كما أن تشريعات وضعت إجراءات شكلية تتم بها عملية الاستبدال، وهو ما يجب معالجته في هذا المبحث فسيتم تبيان ضوابط العين المبدلة والبدل في المطلب الأول، ثم دراسة أحكام وإجراءات الاستبدال في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ضوابط العين المبدلة والبدل

يقصد "بالإبدال عند الفقهاء، بيع عين الوقف ببدل سواء كان عينا أخرى أو نقودا، ويراد بالاستبدال شراء عين بدل التي بيعت لتكون وقفا بدلها، فالعين المبدلة هي المبيعة من الوقف، والمستبدلة هي المشتراة لتكون وقفا بدلها "(1)، وقد حدد الفقه والتشريع لصحة استبدال الملك الوقفي شروط وجب توافرها في العين المبدلة وفي بدله، فيجب إسناد تحريك أصل الوقف للشروط والمعايير التي حددها الفقه، لكي يكون الاستبدال صحيحا، وهو ما يجب دراسته في هذا المطلب حيث نتطرق في الفرع الأول إلى ضوابط العين المبدلة، ثم إلى ضوابط البدل في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ضوابط العين المبدلة

سبق التوضيح بأن الفقه والقانون متفقان على أن تصرف الاستبدال يملكه الواقف شخصيا أو من يعينه إذا اشترطه عند إنشاء وقفه، كما يملك تكراره بالشرط أيضا، ويمارس الاستبدال بالبيع أو المقايضة، بدون حاجة إلى إذن من القاضي وبدون أي شرط سواء كان محل الوقف عامرا أو خربا متى ورد هذا الحق في الوقفية، فإذا لم يشترط الواقف الاستبدال أو نهى عنه، فلا يملك حق فيه إلا القاضي أو السلطة المكلفة بالاستبدال وذلك في حالتين: إذا اقتضت الضرورة، أو دعت إليه

(1) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص389.

مصلحة العين محل الوقف أو الموقوف عليهم(1)، وهو ما يجب دراسته في نقطتين هامتين وهما: الضرورة والمصلحة في استبدال الوقف أولا، ثم استبدال الوقف العامر والخرب والمندثر ثانيا.

أولا: الضرورة والمصلحة في استبدال الوقف

كثير ما تؤسس عملية استبدال الملك الوقفي على الضرورة التي تحيط بمحل الوقف، أو المصلحة المرجوة منه وهو ما سيتم دراسته في هذه النقطة.

1. **حالة الضرورة:** تعني حالة الضرورة التي تستدعي استبدال الوقف، والتي يثبتها القاضي أو السلطة المكلفة بالوقف؛ عدم الانتفاع الكلي بمحل الوقف بأي سبب من الأسباب، أو أن الانتفاع بها قد قَلَ بحيث تصبح غلة الوقف لا تكفي لنفقاته، ولم يكن للوقف ريع يعمر به، ولم يرغب أحد في استئجار العين الموقوفة ودفع أجرتها مقدما ليعمر بها[2]، فيجوز للقاضي أو السلطة المختصة، استبدال محل الوقف وشراء عينا أخرى تكون وقفا، ونص المشرع الجزائري على حالات يجوز فيها الاستبدال في نص المادة 24 من قانون الأوقاف، ولم يدرجها تحت ما أسماه الفقه ضرورة والحالات التي يجوز فيها الاستبدال حسب نص المادة 24 هي على التوالي:"

- حالة تعرضه للضياع أو الاندثار.
- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه
- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه." وهي في مجملها تندرج ضمن ما أسماه الفقه ضرورة.

ومن الضرورة أن يحتاج إلى العين الموقوفة للمنفعة العامة كتوسيع الطريق أو المسجد مثلا (3)، وتعتبر هذه الحالة وحيدة التي أدرجها المشرع تحت مفهوم الضرورة، حيث أشار المشرع الجزائري في نص المادة 24 /4 إلى إمكانية توظيف حالة الضرورة العامة في توسيع مسجد أو مقبرة أو طريق

---

(1) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص389.
(2) المرجع نفسه، ص389.
(3) المرجع نفسه ، ص390

عام، في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية بقوله:" - حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية."، والملاحظ أن المشرع جعل الاستبدال على وجه الضرورة والاستثناء، ولا يلجا إليه إلا في الحالات المذكورة[1].

أضافت التشريعات الحديثة في إطار توظيف الضرورة حالة أخرى لم تكن معروفة في الشريعة الإسلامية، وهي حالة استملاك العقار الموقوف للمنفعة العامة، فإذا استملكت الإدارة العامة أرضاً موقوفة للمنفعة العامة ودفعت تعويضاً يعادل مبدئياً قيمة الأرض، فإن متولي الوقف(الناظر) يشتري بقيمة هذا التعويض عقاراً يصبح وقفاً مكان العقار المستملك ولا يجوز توزيع هذا التعويض على المستحقين[2].

2. **وجود مصلحة:** لم تُوجَد ضرورة تستدعي الاستبدال ولكن وُجِدَت مصلحة، كأن يكون الوقف منتفعا به لكن يراد استبداله بما هو أكثر نفعا، سواء كانت من جهة كثرة الغلة أو كثرة الثمن[3]. وتعني المصلحة جلب نفع أو دفع ضرر؛ فالمصلحة المعتبرة التي يمكن أن تؤثر في الوقف هي المصلحة الغالبة والتي يطلب جلبها شرعًا؛ أو مفسدة غالبة التي يجب درؤها شرعاً، فإذا لم تتحقق غلبة المصلحة على المفسدة، فإن الإبقاء على أصل الوقف هو المحتم، إذْ ليست كل مصلحة عارضة يمكن أن تزعزع أركان الوقف، وتصرف ألفاظ الواقف عن مواضعها، وتحرك الغلاة عن مواقعها[4].

3. **تقدير الضرورة والمصلحة في إطار المقصد الشرعي والواقعي**: فتقدير استبدال الوقف مرهون بتوافر الضرورة والمصلحة في إطار المقاصد الشرعية، وواقعية، والقانونية، وهو ما سنتناوله في هذه النقطة.

---

(1) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق ص163.
(2) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص243.
(3) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص390
(4) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص235.

1.3 تقدير الضرورة والمصلحة الاستبدال في إطار المقصد الشرعي: قسم الفقه المقاصد الشرعية التي تستدعي استبدال الوقف إلى ثلاثة أنواع: فنجد منها الضرورية والمصطلحية والتحسينية وهي على التوالي:

1.1.3 المقاصد الضرورية: وهي المقاصد الذي يختل نظام حياة الأمة بفقدانها؛ فالمقاصد الضرورية التي تستدعي استبدال الوقف؛ هي تلك المتعلقة بحفظ الكليات الخمس؛ وهي الدين والنفس والنسل والمال والعقل؛ ويعتبر الدين أكبر هذه الكليات؛ كضرورة استبدال المسجد الذي خرب، أو دور المخصصة لخدمة الحجيج لضمان حماية كلية الدين، أما فيما يخص المقصد الشرعي في استبدال الوقف لحفظ النفس؛ فيكمن في استبدال الأوقاف التي رصدت نفقات غلتها لخدمة المرضى والفقراء والمساكين، ونفس الشيء يمكن أن يقال بالنسبة للأوقاف التي تغطي مصاريف الزواج حماية لكلية النسل، والأوقاف المخصصة لخدمة العلم والعلماء وطالبي العلم وجب رعايتها واستبدالها ضمانا للاستمرارية المقصد الذي وُقِفت من أجله[1].

2.1.3 المقاصد الحاجية: تعتبر المقاصد الحاجية التي يُستبدل الوقف من أجلها؛ هي تلك التي توقع الإنسان المفتقر إليها في حرج شديد، ومشقة كبيرة، ولكنها لم تبلغ المفسدة المتوقعة في المصالح العامة ولا يختل النظام بعدمها، وتحتل المقاصد الحاجية المرتبة بعد المقاصد الضرورية، وتتدرج هذه المصالح كذلك في إطار الكليات الخمس، ولكن ضرورتها أقل حدة من المقاصد الضرورية، ومنها على سبيل المثال توسعة مسجد ضاق بمصليه، ولم يتوفر المال لإصلاحه خدمة لكلية حفظ الدين، أو استبدال بئر على مشارف الجفاف خدمة لكلية حفظ النفس[2].

---

(1) عبد القادر عبد الله حسين الحواجري، المرجع السابق، ص109.

(2) المرجع نفسه، ص109و110.

3.1.3 المقاصد التحسينية: وهي التي تقتضيها المروءة ومكارم الخلاق ومحاسن العادات، فلو فقدت المصالح التحسينية لا يختل نظام حياة الأمة، ومثالها استبدال الوقف العامر، واستبدال كسوة الكعبة[1].

2.3 تقدير مصلحة استبدال الوقف في إطار المقصد الواقعي: يعود منشأ هذا المقصد إلى انعكاس تطور الظروف المعيشة على واقع الأوقاف، فأضحى من الضروري التعامل مع شروط استبدالها بأكثر مرونة، فعلى أساس هذا المقصد يمكن تقدير مصلحة الاستبدال في سبيل زيادة الاستفادة من مداخيل أعيان الملك الوقفي، من الغلات وكثرة الثمن[2]، ومن بين المقاصد الواقعية نجد:

1.2.3 التوسع العمراني: تسبب التوسع العمراني في امتداد المدن وترابط القرى ببعضها البعض؛ مما أحدث تغييراً في طبيعة استخدام الأراضي الوقفية من زراعية إلى استثمارية أو سكنية، وقد أشار المشرع الجزائري في نص المادة 26 مكرر 4 من القانون01-07 المؤرخ في 2001/05/22 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 91-10 المؤرخ في1991/04/21 على أنه:" يصح تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له وللمستحقين ما لم يمنع شرط من شروط الواقف، وفي حالة وجود مانع يلجأ إلى القاضي الذي يصدر حكماً يراعي مصلحة الوقف والموقوف عليهم، وفقاً للأحكام والإجراءات المنصوص عليها في القانون."

2.2.3 استغلال الوقف وفق النمط العمراني الحديث: تتمتع بعض الأوقاف رغم بساطة بنائها القديم بالموقع الاستراتجي، فأضحى التغيير في نمط بناءها أمر ضروري، وهذا بتبني نمط العمودي في البناء، مما ينعكس بالإيجاب على قيمة الأراضي الوقفية، وعلى الموقوف عليهم من حيث الانتفاع والاستغلال.

3.2.3 التركيز العقاري في داخل المدن: إن تموقع معظم الأوقاف في المدن، برز لمتولوا الأوقاف ضرورة إعمال إجراء الاستبدال بمقابل نقدي أو عيني في سبيل دمج بعض الأوقاف

(1)عبد القادر عبد الله حسين الحواجري، المرجع السابق، ص 111.

(2) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص390

الصغيرة، وقد تطبق الدولة هذا الإجراء بدافع الضرورة العامة، في نزعها للملكية الوقفية (استملاكها) للمنفعة العامة [1].

ثانيا: استبدال الوقف العامر والخرب

لوضعية الملك الوقفي في أغلب الأحيان محل اعتبار في إقرار استبدال العين الموقوفة، متى كان الوقف خربا أو متعطل جزئيا، أو مندثرا أو عامرا، ويمكن تقسيم الاستبدال حسب حالة الملك الوقفي إلى أقسمين؛ عامرا أو خربا ومندثر؛ فإن كان خربا أو مندثرا فالاستبدال هنا يكون حالة ضرورية، لأجل بعث الانتفاع بالوقف من جديد، أما إذا كان عامرا فيكون لتحقيق المصلحة[2]، وهو ما يجب دراسته في هذه النقطة.

1. **الاستبدال إذا كان الوقف عامرا أو متعطلا جزئيا:** وفي هذه الحالة تكون العين الموقوفة صالحة وعامرة للاستغلال والاستخدام، ويمكن أن تكون بعض أجزائها هالكة أو متعطلة جزئيا لدى يكون الانتفاع بالعين الموقوفة ناقصا وللفقه في هذا الصدد قولان:

.1.1. **عدم جواز الاستبدال:** وهو الرأي المعتمد عند أغلب الفقه؛ واستثنى جانب من الفقه استبدال الدور الموقوفة العامرة المجاورة للمسجد لتوسعته أو لتوسعة المقبرة أو طريق المسلمين[3]. وأسسوا لعدم جواز الاستبدال بقولهم: "إذا كان الانتفاع بالوقف ممكنا، وإن كان العقار الذي يراد أخده بدلا، أكثر نفعا وأزيد ريعا فلا يجوز الاستبدال لئلا يتطرق لاحتيال إلى إبطال الأوقاف كما هو الحال الظاهر في زماننا"[4].

.2.1. **جواز الاستبدال:** تبنى هذا الرأي بعض الفقه حيث أجازوا استبدال الوقف العامر أو المتعطل جزئيا للمصلحة الراجحة[5]، وقال ابن تيمية:" لأن ذلك أصلح لأهل الوقف لا للضرورة، ولا لتعطيل الانتفاع بالكلية، فإن هذا لا يكاد ينفع وما لا ينتفع به لا يشتريه أحد، ... ولكن جواز

(1) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص 251.

(2) قنفود رمضان، المرجع السابق، ص 241

(3) عبد القادر عبد الله حسين الحواجري، المرجع السابق، ص94.

(4) زهدي يكن، المرجع السابق، ص227.

(5) عبد القادر عبد الله حسين الحواجري، المرجع السابق، ص95.

بيع الوقف إذا خرب ليس شرطا بألا يوجد مستأجر بل يباع ويعوض إذا كان ذلك أصلح من الإيجار فإذا أكريت الأرض مجردة كان كراؤها قليلا"[1]، وعلى هذا الأساس قالوا:" ولو لم يخرج الموقوف عن الانتفاع بالكلية وكان بإمكان استبداله بعقار أحسن صقعا وأوفر غلة يجوز استبداله وعليه الفتوى"[2]، ويعد مقصد استبدال الوقف العامر مقصدًا تحسينًا[3].

وقد أقر بعض الفقه حالات يستبدل فيها الوقف إذا كان عامرا ترجيحا لمصلحة الوقف وهي[4]:

أ) إذا اشترط الواقف ذلك: طبقا للقاعدة الفقه التي مفادها شرط الواقف كنص الشارع؛ يصح استبدال الوقف العامر تأسيسا على شروط الواقف في وقفيته.

ب) إذا لم يشترط الواقف مع وجود مصلحة للوقف راجحة ومحققة: يكون الاستبدال في هذا الصدد جائزا استثناءا، إذا وجدت المصلحة الراجحة والمحققة، والتي يقصد بها وجود منفعة أكثر في الوقف بعد الاستبدال ويحدد المصلحة عند الخصومة القاضي أو الخبير، وعدد لها الفقه عدة صور:

- إذا غصب الوقف وعجز المتولي عن الاسترداد ولم يستطع إقامة الدليل لاسترداده وعرض الغاصب البدل، فيجب على المتولي قبول هذا البدل ولو كان دون قيمة الوقف المغصوب، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في مسألة استرجاع الأراضي الموقوفة التي أممت[5] بنص المادة 2/38 من قانون الأوقاف.

- إذا غُصب الوقف ولم يعد صالحا للانتفاع به، وخصم المتولي أو الناظر الغاصب وحكم للوقف بالتعويض، فيشتري به بدلا للوقف يكون وقفا على ما كان عليه الأول.

---

(1) أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، جزء 31، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة السعودية، د ر ط، سنة 2004، **ص**225.

(2) زهدي يكن، المرجع السابق، ص227.

(3) عبد القادر عبد الله حسين الحواجري، المرجع السابق، ص111.

(4) قنفود رمضان، المرجع السابق، **ص** 243.

(5) المرجع نفسه، **ص** 243.

- حالة ما إذا بيع نصيب الوقف في عقار شائع، وصارت حصة الوقف ثمنا فيُشتري بها عقار يكون وقفا بديل عن النصيب الشائع في العقار الأول[1].

3.1. **الاستبدال إذا كان الوقف عامرا أو متعطلا جزئيا عند المشرع الجزائري:** بَيَنَ المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 23 من قانون الأوقاف عدم جواز التصرف في الملك الوقفي المنتفع به بقوله:" لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التناول أو غيرها"، إذا المشرع لم يعترف باستبدال الوقف العامر المنتفع به كليا، أو المعطل جزئيا، فنص المادة 24 بَيَنَ صراحة عدم جواز تعويض العين الموقوفة أو استبدالها بملك آخر، إلا في حالات معينة، ولم يذكر المشرع ضمن هذه الحالات الوقف معطل جزئيا.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أجاز توظيف حالة الضرورة العامة في توسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام، في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، وهذا في نص المادة 23 /4 بقوله:" - حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية."، فقد يمس الاستبدال في هذا الصدد، أعيان وقفية عامرة، والملاحظ أن المشرع جعل الاستبدال على وجه الضرورة والاستثناء.

2. **الاستبدال إذا كان الوقف خربا:** اختلف الفقه في استبدال الوقف إذا خرب أصله وتعطلت منافعه، وزادت مصاريفه وانعدم نتاجه، وهم في ذلك على قولين:

أ- **جواز الاستبدال:** في الوقف إذ تعطلت منافعه، وخربت عينه، وهو ما اعتمده أغلب الفقه[2]، فالاستبدال طريق لاستبقاء الوقف وتأبيده ما أمكن، فحسبهم أن الأصل في الوقف التأبيد، إلا أنهم اعتبروا أن التأبيد في كل عين بما يناسبها، فما لا يكون قابلاً للبقاء فإن معنى التأبيد فيه مقدرا بمقدار بقائه، واستبداله سبيل من سبل بقائه[3].

(1) قنفود رمضان، المرجع السابق، ص 244.

(2) عبد القادر عبد الله حسين الحواجري، المرجع السابق، ص97.

(3) محمود السرطاوي، المرجع السابق، ص10.

ب- **عدم جواز الاستبدال**: وهو الرأي الذي تبناه الجانب الآخر من الفقه، واستثنوا المنقول من هذه القاعدة، وقالوا بجواز استبداله(1). فقد ورد في مغني المحتاج للشربيني ما يلي: "الأصح جواز بيع حُصُر المسجد الموقوفة إذا بليت، وجذوعه إذا انكسرت أو أشرفت على ذلك ... ولم تصلح إلا للإحراق، لئلا تضيع ويضيق المكان بها من غير فائدة، فتحصيل نزر يسير من ثمنها يعود إلى الوقف أولى من ضياعها، ولا تدخل بذلك تحت بيع الوقف، لأنها صارت في حكم المعدومة، وهو المعتمد، وعلى هذا يصرف ثمنها في مصالح المسجد" (2).

اشترط بعض الفقهاء في استبدال الملك الوقفي الخرب؛ أن يكون الاستبدال ضرورة للوقف، وعدم بقاء المنفعة في الوقف والتي لها وجهان هما: أولا عدم صلاحية المال الموقوف لأداء المنفعة التي وقف لأجلها، وعدم قدرة الوقف إعطاء منفعة كافية للموقوف عليهم ثانيا(3)، كما اشترط البعض الآخر أن يكون هذا الأخير قد خرج عن الانتفاع بالكلية زراعة أو إجارة، كما لو أصبحت الأرض سبخة وانقطع انتفاع الموقوف عليهم بها(4)، وأن لا يكون للوقف ريع يعمر به، وذلك بتعطل منافعه تعطلا كليا، بحيث يصبح ريعه وخراجه لا يكفي لصيانته أو إصلاحه، ولم يوجد من يرغب في استئجاره مدة طويلة بأجرة معجلة تصرف في إصلاحه، وذلك ما عناه إبن قدامة بقوله: " إلا أن يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعد نفعا، فيكون وجود ذلك كالعدم"(5). ويدخل ضمن شرط عدم صلاحية الوقف لأداء المنفعة، اندثار العين الموقوفة، مسجد مهجور، محل تجاري غير صالح للتجارة، وهي مسائل واقعية تثبت بكل وسائل الإثبات وتخضع لرقابة القاضي(6)، وتعدد أسباب اندثار الوقف ومن بينها تباعد الأوقاف وسوء تسييرها وعدم وجود سجل خاص بالأملاك وقفية، وعدم صلاح القائمين على إدارة الأوقاف وانعكاس بعض الآثار السلبية للعقود الاستثمارية الممنوحة من قبلهم،

(1) عبد القادر عبد الله حسين الحواجري، المرجع السابق، ص97.
(2) محمود السرطاوي، المرجع السابق، ص9.
(3) رمضان قنفود، المرجع السابق، ص242.
(4) زهدي يكن، المرجع السابق، ص227.
(5) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص 162.
(6) رمضان قنفود، المرجع السابق، ص242

وتسلط الحكام على الأوقاف وطمعهم فيها ويظهر هذا جليا في تأميم الأملاك الوقفية، وهلاك بعض الأوقاف نظرا لضعف غلتها، كما قد يكون الاندثار متعلق بطبعة محل الوقف، كجفاف العين الموقوفة و تغير طريق الحج أو التجارة عن بعض الأوقاف، وللحوادث الطبيعية كذلك دور في اندثار الأعيان الوقفية، بالإضافة إلى تعرض الوقف إلى اغتصاب الإستدمار التي تعرضت إليه الدول الإسلامية، وقد قام الجنرال كلوزيل الفرنسي عام 1830 بفسخ أحباس الحرمين في الجزائر بدعوى أن إيراداتها تنفق على الأجانب(1).

1.2 **استبدال الوقف الخرب عند المشرع الجزائري:** أشار المشرع الجزائري إلى استبدال العين الموقوفة الخربة في نص المادة 24 من قانون الأوقاف بعد مابَيَنَ في الفقرة الأولى منها عدم جواز تعويض العين موقوفة واستبدالها بملك آخر، إلا في حالات محددة في نفس المادة، وحدد المشرع في الفقرتين الثالثة والخامسة حالتين متعلقتين بالملك الوقفي الخرب الذي يجوز استبداله، حيث نصت الفقرة الثالثة على مايلي :"حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكانية إصلاحه."، و نصت الفقرة الخامسة على الحالة الثانية بقولها: " حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف، وانتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه."، فمدلول النص القانوني في الفقرة الثالثة جاء عام، لم يحدد فيها المشرع نوع الملك الوقفي محل الوصف، والعكس بالنسبة للفقرة الخامسة التي تكلمت عن استبدال الوقف الذي محله عقار، ويبدوا أن المشرع قصد في الفقرة الثالثة الوقف الخرب في غير العقار، خاصة وأن المشرع يعترف في المادة 11 من قانون الأوقاف بجواز أن يكون محل الوقف منقولا أو منفعة، فاشترط المشرع في كلا الفقرتين فقدان وانعدام المنفعة وأضاف في الفقرة الثالثة عدم إمكانية إصلاحه، وأضاف المشرع في الفقرة الخامسة شرط تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه..، ولعل المشرع حسب البعض قد ساير الواقع إذ نجد أن جل الأملاك الوقفية عبارة عن عقارات، وكان من الأنسب أن يشير إلى المنقول، خاصة بعد ما جرى العمل به في وقتنا الحاضر،

(1) فؤاد عبد الله العمر، المرجع السابق، ص 105 إلى 111.

واعتراف المشرع بجواز وقفه، ومن جهة أخرى يظهر أن المنقول يندرج ضمن نص المادة فما دام أن المشرع أجاز استبدال العقار على سبيل الضرورة فالمنقول أولى في ذلك لتسارع التلف إليه[1].

2.2 **استبدال المسجد الذي تعطلت منافعه كلها أو بعضها:** وفيما يخص استبدال المسجد الذي تعطلت منافعه كلها أو بعضها، فقد اختلف الفقه في حكم استبداله إلى فئتين:

- فئة لا تجيز استبدال المسجد بأي حال من الأحوال ولو استغنى عنه الناس لبناء مسجد آخر فيبقى مسجدًا عند أبي حنيفة أبدًا إلى قيام الساعة، ولا يعود إلى ملك الباني و ورثته ولا يجوز نقل ماله إلى مسجد آخر سواء كانوا يصلون فيه أم لا، و به قال المالكية والشافعية[2]، فالأرجح عند أغلب الفقه عدم جواز استبدال أرض المسجد، تعويضا أو نقدا لأن الأرض تعتبر مسجدا مهما خرب البناء فيمكن عمارته في أي وقت من طرف الدولة أو الجمعيات، ولم يرد نص قانوني يعالج حالة استبدال أو تعويض المسجد صراحة ولكن بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فالرأي المأخوذ به هو رأي الجمهور في عدم جواز استبدال المسجد أو تعويضه[3].

- وفئة تجيز بيع واستبدال المسجد الذي تعطلت منافعه كلية وهو قول الحنابلة[4]، والإباضية حيث يجوزن الاستبدال في المسجد متى كانت المصلحة لصالحه، فيشترط أن ألا يكون لذلك التراب قيمة أكثر من أجر حمله من موضعه فمتى كانت قيمة التراب أزيد فالزائد يجعل في صلاح المسجد[5]،

ولم يتطرق المشرع الجزائري لحكم استبدال المسجد من عدمه، مما يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

---

(1) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص 164.

(2) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص236

(3) محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، ب.ر.ط، سنة 2006، ص92.

(4) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص236.

(5) أبو عبيد حمد بن عبيدبم مسلم السليمي السمائلي، هداية المبصرين في فتاوى المتأخرين، مكتبة الشيخ العلامة حمد بن عبيد السليمي العامة سمائل، سلطنة عمان، ط 1، 1433 هـ/2012م ، ص182.

الفرع الثاني: ضوابط البدل والثمن

البدل هو التعويض العيني للوقف المستبدل، أما الثمن فهو التعويض النقدي له، ولكل منهما ضوابطه وأحكامه، وهو ما سيتم دراسته في هذا الفرع بالتطرق في النقطة الأولى إلى ضوابط العين المبدلة، ثم إلى ضوابط الثمن في النقطة الثانية.

أولا: ضوابط العين المبدلة

وضع الفقه وتشريع مجموعة من الشروط وجب توافرها في العين المبدلة، درءا لكل مفسدة، وتختلف هذه الشروط باختلاف العين المستبدلة، وهي على التوالي:

1. **البدل في العقار الموقوف يكون عقارا:** اشترط جانب من الفقه في استبدال العقار الموقوف، أن يكون البدل عقار آخر أصلح للوقف، أي استبدال عقار بعقار، مخافة أن يضيع الثمن قبل شراء عقار البدل، ولكن تفادي هذا الخوف ممكن بفرض بعض الإجراءات، منها الاشتراط على المتولي أن يودع ثمن بيع العقار الموقوف الذي يراد استبداله بأحد المصارف المعروفة باسم الوقف، أو بخزانة المحكمة، وهو الرأي الراجح المتبع اليوم(1)، على اعتبار صعوبة تطبيق الرأي الأول فإمكانية اعتماد المقايضة في استبدال عقار أصلح للوقف من العقار الأول صعبة التحقيق خاصة إذا كان العقار الأول خرب.

جاء في نص المادة 24 من قانون الأوقاف مايلي :" لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر، إلا في الحالات الآتية:...- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار ..." ، فمصطلح "تعويضه بعقار" يفيد أن المشرع أجاز مُكنة بيع عقار الوقف الأصلي، لكن مع ضرورة استبداله بعقار جديد حتى تصح عملية الاستبدال.

2. **أن تكون قيمة العين المبدلة مثل الموقوفة أو أفضل منها:** الذين قالوا بجواز استبدال الوقف، اتفقوا على شرط أن تكون العين المبدلة مثل العين الموقوفة أو أفضل منها مساحةً أو قيمةً أو فائدة على الموقوف عليهم، وعدم صحة الاستبدال بما هو أدنى من العين الموقوفة، فلحصول التأبيد أو داوم الانتفاع بالوقف وجب على الإبدال أن يكون بمثله أو أفضل منه، وتعطيل الاستبدال يضيع الغرض

(1) زهدي يكن ، المرجع السابق، ص217.

والمقصد من الوقف، كما يجب المحافظة على صورة ومعنى الوقف، فلما تعذر إبقاء صورته بسبب الاستبدال، وجب المحافظة على معناه من خلال بدله(1)، وقد اشترط المشرع الجزائري، في استبدال العقار طبقا للحالات المحددة في نص المادة 24 من قانون الأوقاف، تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه، حيث جاء نص المادة على هذا النحو" ...شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه.".

3. **مكان العين المبدلة:** يجب أن يكون مكان العين المبدلة هو نفس مكان العين الموقوفة المستبدلة، أو في مكان خير من مكان العين الموقوفة، ولا يجوز العكس(2).

4. **تلائم المال الموقوف مع العين الموقوفة:** إذا تم الاستبدال بالبيع أو المقايضة فيجب أن يراعى شرط الواقف بالنسبة إلى نوع البدل، فإذا اشترط الواقف اتحاد جنس البدل مع جنس الوقف لزم هذا الشرط، والعكس إذا ورد الوقف على الإطلاق، مع ضرورة عدم الإضرار بحقوق الموقوف عليهم، خاصة إذا تعلق حقهم قي استعمال السكن، فيجب في هذا الصدد استبدال دار الموقوفة بدار أخرى، فمناط هذا الشرط أنه إذا أُبدل المال الموقوف بآخر فإن مال البدل ينبغي أن يكون متلائماً مع المال الموقوف الأصلي (3) .

ثانيا: ضوابط الثمن

يقصد بمال البدل" ثمن الأصل الموقوف، إذا بيع بقصد الاستبدال ولم يستبدل بعد"(4)، ويرى محمد كنازة أن أموال البدل "تشمل الثمن الذي يباع به الوقف في الحالات الجائزة وكذا في حالات التعويض لاسيما تعلقه بالتعويض الأراضي الوقفية المؤممة والتي أوكلت مهمة التعويض فيها للصندوق الوطني للتعاون الفلاحي بواسطة حساب التخصيص الخاص"(5)، وقد أورد الفقه شروط عدة في ثمن الوقف منها:

(1) عبد القادر عبد الله حسين الحواجري، المرجع السابق، ص94.

(2) المرجع نفسه، ص94.

(3) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص237.

(4) أحمد قاسمي، المرجع السابق، ص 29.

(5) محمد كنازة، المرجع السابق، ص92.

1. **أن لا يتم البيع بغبن فاحش:** فيجب أن لا يقع بائع الوقف في غبن فاحش[1]، ويقصد بالغبن الفاحش الغبن المؤثر، ويقصد بالغبن النقص، والمراد به أن يكون أحد العوضين مقابلاً بأقل مما يساويه في الأسواق[2]، فالغبن يفيد عدم التعادل المادي، فهو عيب في محل العقد لا في محل الإرادة[3]، ويبدل الناظر قصارى جهده في ذلك، حيث يقول ابن همام في ذلك: "ولو باع الوقف بغبن فاحش لا يجوز البيع"[4]، وحدد بعض الفقه الغبن في العقار إذا زاد على 20 %[5]. فيجب إذن أن لا يباع عقار الوقف بأقل من خمس قيمته الحقيقية مع شرط التحلي والتقصي، أما إذا قل عن خمس القيمة فيدخل ضمن الغبن اليسير المغتفر[6]، وعرف البعض الغبن بأنه:" ما لا يدخل تحت تقويم المقومين"[7]، وهو قسمان: يسير وفاحش، فالغبن اليسير ما يدخل في تقويم المقومين أي تقدير أهل الخبرة في محل العقد، والغبن الفاحش ما لا يدخل في تقويم أهل الخبرة.

كما يدخل في الغبن عدم مراعاة الناظر المكلف بالوقف شروط الواقف في تحديد نوع البدل، خاصة إذا تم الاستبدال بالمقايضة، في حالة اشتراط الواقف اتحاد جنس البدل مع جنس الوقف، وإذا لم يشترط الواقف اتحاد الجنس فيجوز أن تستبدل بالأرض دار وبالدار أرض، نظراً للإطلاق، ولكن يجب عدم الإضرار بالموقوف عليهم بالنسبة لحقهم في الاستفادة من الوقف[8]. وإلا اعتبر غبناً فاحشاً.

أجاز جانب من الفقه للمغبون الحق في فسخ العقد بسبب الغبن مطلقا، باعتبار أن المغبون مظلوم، فالغبن الفاحش هو ضد الرضا، باعتبار أن الرضا الأول كان على فرض عدم الغبن، فإذا ظهر الغبن لم يصادفه رضا، فلابد من إعطاء المغبون حق الفسخ[9].

---

(1) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 226

(2) محمد أبو الزهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بدون رقم طبعة، سنة 1977، القاهرة، ص393.

(3) بن مشرنن خير الدين ، المرجع السابق، ص237 .

(4) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص162.

(5) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 217.

(6) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص162

(7) زهدي يكن، المرجع السابق ، ص 217.

(8) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص237.

(9) محمد أبو الزهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص396.

أخد المشرع الجزائري بالغبن عموما في عقد البيع الذي يكون محله عقار، وتبنى في تقديره قاعدة الخمس، وهذا في نص المادة 358 مدني[1]؛ ولتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس، يجب أن يقوم القاضي بتقدير قيمة العقار وقت البيع؛ ولم يعترف المشرع للمغبون بالتمسك بحق الفسخ، ولكن له أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

والذي يظهر أن بيع الموقوف لا ينبغي أن يكون بغبن مطلقا، سواء كان فاحشا أو غير فاحش ذلك لأن القيم لا يملك أن يتنازل عن أي شيء من الوقف لأن ذلك يجري مجرى التبرع بما لا يملك[2].

2. **أن لا يكون ثمن البيع مؤجلا**: حماية للوقف من خطر العجز عن السداد[3]، ولضمان تسريع تعويض العين المباعة، اشترط الفقه أن لا يكون البيع مضاف إلى أجل.

3. **أن لا يُباع الوقف لمن له دين على المستبدل**: وذلك سدا للذرائع وزيادة في الاحتياط، لأنه قد يعجز عن سداد الدين ويكون الوقف عرضة للضياع بحيث يرغب الدائن شرائه في مقابل دينه، إذ لا سبيل في رد الموقوف بعد تمام البيع[4]، ولا يصح الاستبدال في هذه الحالة، لأن الدائن يريد شرائه في مقابل دينه[5].

4. حكم ثمن الوقف المباع: إذا بيعت العين الموقوفة بناءا على المسوغ الشرعي للاستبدال، فثمنها يكون وقفا بمنزلة العين الأصلية، فلا يملكه الواقف ولا ورثته ولا يصرف على الموقوف عليهم بل تشترى به عين تكون وقفا مكانها [6]، ونفس الشيء بالنسبة لمآل تعويض الأراضي الوقفية المؤممة في الجزائر، والتي أوكلت مهمة التعويض فيها للصندوق الوطني للتعاون الفلاحي، فالمشكل المُثار

(1) الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.
(2) محمد الأمين بالميلود، المرجع السابق، ص 162.
(3) المرجع نفسه، ص 163.
(4) المرجع نفسه، ص 163.
(**5**) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 130.
(6) المرجع نفسه ، ص228.

يتعلق بمصير هذه الأموال- أموال البدل - والتي من المفروض أن يشتري بها وقفا مماثلا للوقف المفوت أو المستبدل أو المباع، وهذا لضمان تطبيق أحكام الوقف والتي تقتضي تأبيد العين الموقوفة ومن ثم لا يجوز إنهاؤها بل فقط نقلها أي استبدالها، سواء بالتعويض العيني مباشرة أو بالتعويض النقدي ثم شراء بدلها(1)، فلا يوجد في القانون الجزائري نص يعالج هذه المسألة -أموال البدل - وذلك راجع إما لعدم الاستفادة من التعويض، أو لعدم كفاية بعض الودائع الصغيرة، هذه الإشكالات غير واضحة من الناحية العملية وتحتاج إلى وقت لمعالجتها بالنصوص اللازمة غير أن هذه المسألة تعتبر من الضروريات التي لابد منها(2). و يبقى الثمن أمانة بيد المتولي وتحت ضمانته، ولا يؤخذ بقوله المجرد في ضياعه أو سرقته بل لابد من إقامة البينة الصحيحة على هذا الضياع. وليس للمتولي أن يصرف شيئا من عمارة الوقف إلا أن تكون ضرورية وبإذن القاضي على أن يرد المستوفي من غلة العقار الذي جرى الإنفاق عليه، وإذا توفي المتولي ولم يبين مصير ثمن العقار الوقفي المباع فانه يضمن هذا الثمن من تركته(3).

المطلب الثاني: أحكام وإجراءات الاستبدال

أحاط الفقهاء الذين أجازوا عملية الاستبدال إتباع مجموعة من الإجراءات، نتيجة ما تعيشه الأمة من ضعف نفوس النظار والقضاة(4)، وتختلف هذه الإجراءات باختلاف المشارب الفقهية، والسياسات التشريعية لكل بلد، وتتحد هذه الاختلافات في كون فرض مجمل هذه الإجراءات يستهدف حماية الملك الوقفي، مما يستوجب التطرق في هذا المطلب إلى فرعين الأول يتم فيه عرض الإجراءات الشكلية للاستبدال، ثم عرض كيفية تنفيذ عملية الاستبدال لدى المشرع الجزائري في الفرع الثاني.

---

(1) محمد كنازة ، المرجع السابق، ص 93.
(2) المرجع نفسه 93.
(3) زهدي يكن، المرجع السابق، ص228.
(4) فؤاد عبد الله العمر، المرجع السابق، ص63.

الفرع الأول: الإجراءات الشكلية للاستبدال

بالإضافة إلى الضوابط والشروط التي تم شرحها والمتعلقة بأصل الوقف وبدله و ثمنه، أضاف الفقه والتشريع، ضوابط أخرى تندرج ضمن الإجراءات الشكلية لاستبدال الوقف، وذلك زيادة في الحفظ الملك الوقفي من الضياع وهو يجب تبيانه في هذا الفرع بالتطرق إلى نقطتين بحيث تتم دراسة إذن الجهات الوصية بالاستبدال أولا، ثم أحكام الاستبدال ثانيا.

أولا: إذن الجهات الوصية بالاستبدال

حرص الذين أجازوا استبدال الوقف أن يكون القاضي محور هذه العملية، وهو الذي يأذن بإجرائها، ومن جملة ما حدده الطرسوسي من إجراءات:" - أن يفحص القاضي بنفسه إن أمكن الوقف والبدل -أن يكلف اثنين من الخبراء العادلين الأمناء بالفحص، لتبين الغبطة في جانب الوقف، فإن ثبت ذلك أذن بالاستبدال - أن يكتب القاضي الكتاب(كتاب الاستبدال) بعد أن يدعي الاستبدال وتسمع الشهادة عليه."[(1)]. كما قرر الذين أجازوا الاستبدال بشرط المصلحة، أن يتول الاستبدال الحاكم إذا كان الوقف على مصلحة عامة، أما إذا كان على معين، فالذي يتولاه هو الناظر الخاص ويحتاط الناظر بالحصول على إذن الحاكم له[(2)]، كما أمر السلطان عام 951 هـ بمنع استبدال الوقف العامر الذي قل ريعه ولم يخرج بالانتفاع بالكلية إلا بإذن السلطان[3].

وحصر بعض الفقه إذن السلطة الوصية بالاستبدال المعبر عنه "إذن السلطان بالاستبدال" في حالات أربع متعلقة باستبدال الوقف العامر وهي:

أ- إذا شرط الواقف الاستبدال.

ب- إذا غصب الموقوف غاصب وأجرى عليه الماء حتى صار بحرا لا يصلح للزراعة فيضمنه المتولي ويشتري به أرضا.

ت- إذا جحد الغاصب الوقف ولا بينة.

---

(1) إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي، المرجع السابق، ص133.

(2) المرجع نفسه، 134

(3) فؤاد عبد الله العمر، المرجع السابق، ص 62.

ث- إذا رغب إنسان في الوقف ببدل أكثر غلة وأحسن نفعا، وهذا المرسوم يقيد الاستبدال بإذن من السلطان بعد استيفاء شروطه الشرعية أي بعد تحقق أسبابه والحكم بجوازه باعلام شرعي مرفق بمضبطة من مجلس الإدارة تؤيده[1].

كما احتفظ قانون الأوقاف الجديد الأردني بصلاحية الموافقة على استبدال العقارات الوقفية بإذن من المحكمة الشرعية المختصة شريطة توفر المسوغ الشرعي، ومن صور الاستبدال المشروعة التي يلتزم بها قانون الأوقاف الأردني الجديد توافر إذن من المحكمة الشرعية هي:

أ- بيع جزء من الوقف لتعمير جزء آخر من هذا الوقف نفسه.

ب- بيع وقف من اجل تعمير وقف آخر يتحد معه في جهة الانتفاع[2].

وجاء في نص المادة 40 **من** قانون إنشاء مؤسسة الأوقاف لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر في 23 ماي 2007 **م** من حكومة دبي: بأن التصرف في الملك الوقفي بالبيع أو هبة أو رهن، يجب أن يتم بإذن المحكمة[3]، و في جمهورية العراق فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون إدارة الأوقاف في العراق رقم107 لسنة 1964م ما يلي: " للوزارة استبدال الموقوف الذي تتحقق المصلحة في استبداله ببدل من الموقوف أو النقد بحسب ما فيه الأنفع للوقف، ويتم ذلك بموافقة المجلس، وحجة من المحكمة الشرعية وصدور مرسوم جمهوري . "[4]، أمّا المشرع مصري فقرر في المادة 13 أن الاستبدال يكون من اختصاص المحكمة الشرعية[5]، لكن بعد صدور القانون رقم 272 لسنة 1959 م أنشئت بوزارة الأوقاف لجنة شؤون الأوقاف، التي أخذت كثيراً من اختصاص المحاكم، ومنها أحكام البدل والاستبدال، فقد حدد القانون تشكيلتها، ونظامها الداخلي بالإضافة إلى اختصاصاتها[6] .

اشترط المشرع الجزائري كإجراء شكلي ضرورة إثبات الحالات التي تستدعي الاستبدال والمبينة في نص المادة 24 من قانون الأوقاف، بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة، حيث جاء في

---

(1) زهدي يكن، المرجع السابق، ص232.

(2) منذر عبد الكريم القضاة، المرجع السابق، ص 170.

(3) إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي، المرجع السابق، ص 136.

(4) المرجع نفسه، ص137.

(5) قانون أحكام الوقف رقم 48، مستخرج من الوقائع المصرية العدد16 ، الصادر في رجب سنة 1365 الموافق 12 يونيو سنة 1946.

(6) **محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص**196 – 195 .

الفقرة الأخيرة من نفس المادة ما يلي: " تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة". ويكتنف عبارة السلطة الوصية التي تثبت هذه الحالات بقرار الكثير من الغموض وعدم الدقة، فلم يحدد المشرع لا الجهة الوصية المختصة التي يجب عليها إصدار هذا النوع من القرار، ولا الطرق ولا الآليات والإجراءات التي يجب إتباعها في عملية استبدال الملك الوقفي، فهل يتم بالبيع أو المقايضة، لكن باعتبار الولاية العامة التي تحوزها وزارة الشؤون الدينية والأوقاف على الأملاك الوقفية، والصلاحيات الممنوحة للجنة الأوقاف من خلال القرار الوزاري رقم 29 المؤرخ في 21 فيفري 1999 أن تنشئ لجانا مؤقتة لدراسة حالات خاصة[1]، يمكن أن تدرج عملية الاستبدال ضمن هذه الحالات الخاصة [2]، ويجب أن تفرغ عملية الاستبدال في شكل إداري لتوخي الشفافية ومشروعية.

والشخص الذي يتحقق من وجود المصلحة هما: الناظر والقاضي كل من موقعه، وكل موظف حسب تدرجه في سلم المسؤولية على الوقف، وِفْقَ الصلاحيات المحددة له قانونا، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار شروط الواقفين في كتاب الوقف، والظروف الزمانية والمكانية المحيطة بالوقف، ونوعية المصالحة المتوخاة من استبدال الوقف المتعامل فيه، والفئة الموقوف عليها، فيجب على هؤلاء أن يقدروا رجحان المصلحة وغلبتها على المفاسد التي قد تنشأ عن التصرف في الوقف [3]، فالوقف وضع من أجل انتفاع الموقوف عليهم، فيجب أن تكون العين الموقوفة غير صالحة لأداء المنفعة التي وقفت من أجلها، فانعدام المنفعة المرجوة منها يجعل استبدالها جائزا.

ثانيا: أحكام الاستبدال

أغلب أحكام المتعلقة بالاستبدال تم التطرق لها في عناصر مختلفة في هذا البحث، وسوف يتم التطرق إلى نقطتين هامتين هما: أولا وتكرار الاستبدال، ثم ثانيا بيع الوقف بدون مسوغ شرعي.

---

(1) مصنف القوانين والمراسيم الرئاسية والقرارات الوزارية المشتركة والقرارات الصادرة، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف من أول يناير 1997 إلى 31 ماي 2003، نشر وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، 2003، ص207.

(2) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص239.

(3) المرجع نفسه، ص 235.

1. **تكرار الاستبدال:** من اشرطت له الشروط العشرة لا يفعلها إلا مرة واحدة إلا إذا اشترط التكرار[1]، ويتكرر للقاضي حق الاستبدال للضرورة والمصلحة كلما وُجد المسوغ بخلاف الواقف أو المتولي، فإنهما لا يملكان الاستبدال إلا إذا شرطه الواقف وعندئذ يتبع شرطه. فإن اشترط التكرار كان له أو للمتولي المشروط له أن يستعمل هذا الحق متى شاء وأراد، وإن لم يشترط هذا التكرار لا يحق له الاستبدال إلا مرة واحدة باستثناء حالتان نص عليها الفقهاء وهما:

أ) إذا غصب الوقف غاصب وعجز المتولي عن استرداده أو عن إقامة البينة لإثبات قضيته وأراد الغاصب دفع البدل أو الصلح على شيء لزم المتولي أن يأخذه ويشتري به عقارا يجعله وقفا على شروط الوقف الأول لأنه صار في منزلة المستهلك فيجوز أخد قيمته.

ب) إذا غصب الأرض الموقوفة غاصب وأجرى عليها الماء حتى غمرها فأصبحت لا ينتفع بزراعتها وضمن المتولي الغاصب قيمتها، لزم أن يشتري بالقيمة أرضا بدل عنها يجعلها وقفا على شروط الأولى[2].

2. **بيع الوقف بدون مسوغ شرعي:** إذا بِيعَ الملك الوقفي بدون مسوغ شرعي فالبيع باطل وعندئذ لابد من رد العقار أو المنقول إلى وقف، أما المشتري فانه يرجع على بائعه بما دفعه وعلى المشتري أن يرد إلى الوقف ما ستفاد منه وانتفع به طبقا لقاعدة الشرعية بان منافع الوقف مضمونة مطلقا[3].

وإذا غير المشتري في عقار الوقف بالبناء وكان الهدم لا يضر بالأرض كان للناظر أخذ البناء مستحق القلع أو الهدم وان لم يرض المشتري هدم البناء وسلمت الأرض خالية للوقف. أما إذا كان هدم البناء مضرا بعقار الوقف فان المتولي يتملكه بأقل قيمة الثلاث مستحق البقاء أو مستحق الهدم أو مقلوعا بالفعل بشرط رضا المشتري وان لم يرض أجرت الأرض والبناء وقسمت الأجرة بنسبة قيمة الأرض وقيمة البناء، ويعطى كل واحد منهما ما يستحقه من الأجرة حتى تتخلص الأرض من البناء،

(1) محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص165.

(2) زهدي يكن، المرجع السابق، ص230.

(3) المرجع نفسه، ص 220.

والأولى أن حسب البعض هدم البناء على نفقة المشتري لتخليص الوقف من بناء الغير. وعلى كل فان المشتري يضمن كل نقص يحصل للعقار الموقوف لأنه متعد بفعله[1].

الفرع الثاني: كيفية تنفيذ عملية الاستبدال لدى المشرع الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري على إجراءات استبدال الملك الوقفي، واكتف بذكر الحالات التي يجوز فيها استبدال الملك الوقفي، والإشارة في الفقرة الأخيرة إلى أن الحالات المحددة في الفقرات الخمسة من نص المادة 24 من قانون الأوقاف يجب إثباتها بقرار من السلطة الوصية، بعد المعاينة والخبرة، فكيف تتم إجراءات استبدال الملك الوقفي في التشريع الجزائري ؟ الإشكال محل الطرح سيتم علاجه في هذا الفرع، بالتطرق إلى نقطتين هامتين هما: الإجراءات المعتمدة في الاستبدال أولا ثم تبيان كيفية تسجيل العقار الوقفي وتشطيبه في سجل الجرد والبطاقية ثانيا.

أولا: الإجراءات المعتمدة في الاستبدال: عملياً يقدم ناظر الوقف تنفيذا لعملية استبدال الوقف طلباً إلى مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية مكان تواجد العقار المراد استبداله، ويقوم هذا المدير بتكوين لجنة تتكون من وكيل الأوقاف وموظفين في الإدارة، وتقوم هذه اللجنة بدراسة إمكانية الاستبدال وجدواه بالنسبة للوقف، فإذا وافقت اللجنة على القيام بعملية الاستبدال، يصدر مدير الشؤون الدينية والأوقاف قراراً يثبت إحدى الحالات المبينة في نص المادة 24 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف وتتم المعاينة والخبرة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة 24، بالاستعانة بالهيئات المختصة كالخبراء الخاصين مثل المهندسين، والخبراء العقاريين وإدارة الحماية المدنية، لتحديد أن الوقف خرب لا يمكن عمارته أو إصلاحه وأن المصلحة فيتكون في استبداله[2]، هذا على مستوى المحلي، ويرى البعض من الأجدر إنشاء لجان خاصة تتكفل بدراسة ملفات الاستبدال على المستوى المركزي إعمالا لدور لجنة الأوقاف في هذا الصدد وفق القرار الوزاري رقم 29 المؤرخ في 21 فيفري 1999، وذلك لخطورة هذه العملية على مستقبل الملك الوقفي أولا وحقوق الموقوف عليهم ثانيا [3].

كما يرى البعض الآخر مُكْنَة أن يجري الاستبدال – بحسب طرق إيجار الأملاك الوقفية –إما بالمزاد العلني أو بطريق التراضي بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف طبقاً للمادة 25 من المرسوم التنفيذي: 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية، فيحدد سعر المثل كسعر أدنى للبيع بعد

(1) زهدي يكن، المرجع السابق، ص221.

(2) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص238.

(3) المرجع نفسه، ص 239.

استطلاع رأي المصالح المختصة في إدارة أملاك الدولة أو الجهات الأخرى المختصة بحسب طبيعة الملك الوقفي طبقًا لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي 98-381 المذكور أعلاه، ويعلن المزاد في الصحافة الوطنية أو طرق الإعلان الأخرى طبقاً لنص المادة 23 من نفس المرسوم [1].

عادة ما يتم الاستبدال بطريق التراضي، بحيث يسعى ناظر الملك الوقفي إلى البحث عن مشتري للملك الوقفي بثمنٍ جيدٍ يُمكنه من شراء عقارا آخر يحل محل العقار المستبدل[2].

ويُعْتَمد في سبيل استبدال العين الموقوفة أحد الإجراءين، إما بيع العين الموقوفة أو مقايضتها بمالٍ آخر، بشرط أن يكون البدل المستبدل مماثلاً له أو أفضل منه طبقًا للفقرة الخامسة من نص المادة 24 من قانون الأوقاف 91-10 المذكورة أعلاه.

ثانيا: تسجيل العقار الوقفي وتشطيبه في سجل الجرد والبطاقة

يقتضي الاستبدال حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة، فيجب تسجيل العقار المشترى أو المقايض في السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية طبقاً لنص المادة الأولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2003/11/14 المحدد لشكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ العقاري[3] ، والأملاك الوقفية العامة معفاة من رسم التسجيل كما أسلفنا.

1. **تسجيل العقار الوقفي الجديد:** في إطار تنفيذ عملية الاستبدال وطبقاً لتعليمة الوزارية رقم : **143**المؤرخة في: 2003/08/03 المنظمة لتسيير الأملاك الوقفية[4]، المتعلقة بالتأسيس ببطاقة لتعيين العقارات الوقفية، تم إعداد بطاقة لتعيين العقار الوقفي تحوي على مجموعة بيانات ضرورية لتحديد الملك العقاري الوقفي وفق نماذج معتمدة، يشمل هذا الإجراء جميع العقارات الوقفية باستثناء المساجد، حيث يتم فتح سجل للجرد حسب النموذج المعتمد، يرقم ويؤشر عليه من طرف المدير الولائي، وتسجل بطاقة العقار الوقفي على هذا السجل، ويعطى لها رقم حسب ترتيبها فيه

(1) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص240.

(2) المرجع نفسه، ص240.

(3) القرار الوزاري المشترك، المحدد لشكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ العقاري، **الجريدة الرسمية العدد**71، المؤرخة في 24 رمضان عام 1424 هـ الموافق 19 نوفمبر سنة 2003م.

(4) **التعليمة الوزارية رقم** 143 **المؤرخة في** 2003/08/03، **الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف، المتعلقة بتسيير الأملاك الوقفية .**

وهو الرقم الذي تحمله البطاقة في الخانة المخصصة لرقم العقار، وفي هذا الصدد يتم تسجيل كل وقف عقاري جديد أو مستبدل.

2. **التشطيبات في سجل الجرد والبطاقة**: حسب نفس التعليمة لا يمكن إدخال تغيير أو شطب في سجل العقارات الوقفية إلا عن طريق مقررة من الوزير المكلف بالأوقاف وباقتراح من المدير الولائي. وفي هذه الحالة يشطب العقار المستبدل في السجل بالأحمر، ويشار في خانة الملاحظات إلى الرقم وتاريخ المقررة الوزارية. وتشطب بطاقة تعيين العقار الوقفي المستبدل بنفس الكيفية، ويشار فيها إلى مراجع المقررة الوزارية وتبقى محفوظة ضمن الملف العقار الوقفي الذي تم شطبه.

وقد حددت المذكرة رقم: 06/03 المؤرخة في: 2006/09/23 المتعلقة بشطب الأملاك الوقفية[1]، الوثائق اللازمة لطلب شطب ملك وقفي، وتكوين اللجنة الخاصة بدراسة شطب الملك الوقفي، وتأتي عملية شطب الأملاك الوقفية في إطار ضبط وتحسين تسيير الأملاك الوقفية ولتمكين. الإدارة المركزية من استصدار مقررات الشطب، ولترشيد عملية إحصاء الأملاك الوقفية.

(1) المذكرة رقم: 03/ 06 المؤرخة 2006/09/23، الصادرة عن المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية، المتعلقة بشطب **الأملاك الوقفية**.

خاتمة:

يعتبر الوقف نظام قائم بذاته لا هو ملكية خاصة، ولا هو ملكية عمومية، ولا يعتبر ملكا للأشخاص المعنوية سواء العامة أو الخاصة ولا للأشخاص الطبيعية، فيتمتع كل وقف بشخصيته المعنوية المستقلة عن شخصية المستحقين فيه وشخصية الواقف، وتبعية إدارته إلى وزارة الشؤون الدينية والأوقاف تبعية إشراف وليست تملك، وقد اختلف الفقه في عدة مسائل جوهرية تخص الوقف من أهمها مسألة التصرف في الملك الوقفي.

ويعتبر التصرف في الملك الوقفي من بين أهم المسائل الجوهرية التي توسع فيها الفقه الشرعي والقانوني، فقد حدد لها الفقهاء جملة من القواعد فقهية، كما أن النظم القانونية قننت هذه التصرفات ووضعت لها أشكال وإجراءات قانونية خاصة بنظام الوقف، وهي مرتبطة في عمومها بشروط الواقفين، ولا يجب أن يمس هذا التصرف بأصل الملك الوقفي، إلا إذا كان الهدف منه الحفاظ على الأصل نفسه.

وقد سعى المشرع الجزائري بعد أن اعترف بهذه المنظومة القانونية الخاصة وحماها وحمى تخصيصها، بأن اعتمد في تسييرها على النظام المركزي في شكل الإدارة الحكومية الوقفية المباشرة؛ والذي يُخْضِع الملك الوقفي ومُسَيِّروه إلى سلطة وزير الشؤون الدينية والأوقاف، من خلال تعيين ناظر الملك الوقفي صاحب العلاقة المباشرة بالملك الوقفي، بقرار من الوزير بعد استشارة لجنة الأوقاف، واعتماد الرقابة الإدارية على أعماله، في سبيل عدم التركيز الإداري، لنهوض بدور الأوقاف وتفعيل إدارة الوقف.

ولكن وللأسف الواقع يظهر عكس ذلك؛ بسبب عدم الحسم في المهام الموكلة قانونا لناظر الملك الوقفي باعتباره المسير المحلي المباشر للوقف، فالأجهزة الإدارية التي شرعت لتساعده في التسيير لا أن تَسْتَحِوذ عليه، فناظر الملك الوقفي مُغَيَب عمليا خاصة في الجانب التثميري للوقف وفي مختلف التصرفات الواردة على الملك الوقفي، ويبرز ذلك جليا في مختلف إجراءات الاستبدال، وعقود الاستثمار الواردة على الملك الوقفي؛ فالمصالح المركزية هي الطرف المباشر المعني في عملية استبدال الوقف، وهي الممثلة للوقف والمكلفة قانونا بإبرام أي عقد من هذه العقود.

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد الإجراءات الخاصة بعملية الاستبدال، مثلما فعل مع الإجارة العادية للأملاك الوقفية في المرسوم التنفيذي 98-381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية، رغم خطورة هذا التصرف وأهميته في المحافظة على الأصول الوقفية واستمرارية الانتفاع بها، من خلال

استبدال الأصول القديمة بغيرها من الأعيان الصالحة، فيجب على المشرع الجزائري سن الضوابط والإجراءات التي يجب إتباعها لصحة عملية استبدال الوقف درءا لكل مفسدة، فمن الضروري توخي المرونة في استبدال محل الوقف الخرب أو المعطل، مع ضرورة المحافظة على الأصول الوقفية، ومن التوصيات المهمة التي يجب إيرادها في هذا الصدد ما يلي:

- يجب أن يكون الاستبدال هو الحل الأخير للنهوض بالوقف المعطل أو الخرب فهو آخر الدواء.
- يجب أن يسبق عملية الاستبدال دراسة شاملة للعقارات المنوي استبدالها، بإجراء تحقيق ودراسة الجدوى منه، ويمكن الاستعانة بمكاتب دراسات خاصة والخبراء سواء كانوا مهندسين أو فنيين.
- لا يجب أن لا يكون البيع بغبن ولو بسيط، وذلك من خلال استقراء آراء الخبراء أو وجود لجنة مقومين.
- يجب توخي استمرار شروط الواقف من حيث صرف غلته.
- إشراك السلطة المكلفة بالأوقاف أمر ضروري في الاستبدال، من خلال السعي للحصول على إذن منها لتوخي الغبطة، نظراً لخطورة الاستبدال على مستقبل الملك الوقفي.
- ضرورة تعميم الشفافية في إجراءات الاستبدال؛ والتي من الأفضل أن تتم عن طريق المزاد العلني، ويمكن قبول إجرائه بالتراضي متى ثبتت الغبطة لصالح الوقف، أو باعتباره آخر حل في الاستبدال، متى لم نجد منافسين لشرائه ما لم يمنع شرط الواقف ذلك.
- يجب على المشرع تحديد مآل تعويض المالي الذي قرر لصالح الأراضي التي أممت بسبب عدم كفاية مبلغ لاقتناء عقار يعوض العقار المؤمم.
- ضرورة تحديد موقف المشرع الجزائري في التصرف الوارد على المسجد.

انتهى بفضل من الله سبحانه وتعالى منته، وأرجوا من أساتذتي المناقشين التوجيه والتقويم والتنبيه إلى ما وقعت فيه من أخطاءٍ وهفواتٍ حتى أستفيد من صقل هذا المجهود البسيط الذي أعتبره في مرحلة المخاض للخروج إلى الحياة العلمية عله يكون مرجع يستفيد به متعطش لفهم هذا الموضوع الشيق المهم.

وأخير فما كان من صوابٍ وتوفيقٍ فمن الله وحده، وما كان من خطأ أو زلَلٍ فمن نفسي والشيطان، وإني أسأل الله العلي العظيم أن يتقبل جهدي هذا وأن ينفعني وينفع به طلبة العلم وكل شغوف لفقه الوقف.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

قـائمـــة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر:

– 1 المصادر الشرعية:

أ–القرآن الكريم.

ب– الحديث الشريف:

– أبي الحسين مسلم بن الحجاج القُشَيريُّ النَيسبُوريّ، صحيح مسلم، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991، 15_1632

– 2 المصادر الرسمية:

– دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر عدد: 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 معدلة بالقانون رقم 02–03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 ج.ر العدد: رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، وبالقانون رقم 08–19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ج.ر العدد: 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، وبالقانون رقم 16–01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ج.ر العدد: 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.

– قانون العقوبات الصادر بموجب الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، ج.ر العدد: 49 المؤرخة في 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم، معدل ومتمم بالأمر 20–01 المؤرخ في 30 جويلية 2020، ج.ر العدد 44 المؤرخة في 30 يوليو 2020.

– صدور الأمر 71– 73 المؤرخ في 1973/11/18 المتضمن الثورة الزراعية الجريدة الرسمية العدد 97 المؤرخة في 12 شوال عام 1391 الموافق 30 نوفمبر سنة 1971.

– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، بالقانون رقم: 07–05 ج.ر عدد:31 ، المؤرخة في 2007/05/13.

- قانون رقم: 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24 المؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

- القانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر1990 يتضمن التوجيه العقاري، ج.ر عدد 49، المؤرخة في أول جمادي الأول عام 1411هـ الموافق 18 نوفمبر1990م، المعدل بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، ج.ر عدد:55 المؤرخة في27 سبتمبر1995.

- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ 27 أفريل سنة 1991 المتعلق بالأوقاف، ج.ر عدد:21 المؤرخة في 8 ماي 1991م، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 01_07 المؤرخ في 22 مايو سنة 2001، ج.ر عدد: 29 المؤرخة في 23 مايو 2001، وبالقانون 02-10 المؤرخ في 10شوال 1423 هـ الموافق لـ 14 ديسمبر 2002 م، الجريدة الرسمية عدد 83 الصادرة في 15 ديسمبر 2002م.

- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج.ر عدد: 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008م.

- المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 1964/09/17 المتضمن الأملاك الحبسية العامة' ج.ر عدد: 35 لسنة 1964 المؤرخة في 18 جمادى الأول عام 1324 الموافق لـ25 سبتمبر سنة 1964.

- الأمر 71- 73 المؤرخ في 1973/11/18 المتضمن الثورة الزراعية، ج.ر العدد:97 المؤرخة في 12 شوال عام 1391 الموافق 30 نوفمبر سنة 1971.

- المرسوم رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية العدد 92 المؤرخة في 18 نوفمبر1975.

- المرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر العدد الرسمية العدد 30 المؤرخة في 13 أبريل1976 المعدل والمتم بالمرسوم التنفيذي 93-123 ج.ر العدد 34 المؤرخة في 23 مايو1993.

- المرسوم التنفيذي رقم: 89-99 المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية ،ج.ر العدد: 26 المؤرخة في 24 ذو القعدة عام 1409 هـ الموافق 28 يونيو سنة 1989م.

- المرسوم التنفيذي رقم 91-81 المؤرخ في 1991/03/23 المتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتسييره تحديد وظيفته، ج.ر العدد:16 المؤرخة في 25 رمضان عام 1411 هـ الموافق 10 أبريل سنة 1991م، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-437 المؤرخ في 1992/11/30 ج. ر العدد 85 المؤرخة في 7 جمادى الثانية عام 1413 هـ الموافق 2 ديسمبر لسنة 1992 م.

- المرسوم التنفيذي رقم91-82 المؤرخ في1991/03/23 المتضمن إحداث مؤسسة المسجد ج.ر العدد: 16 المؤرخة في 25 رمضان هـ1411 الموافق 10 أبريل لسنة 1991.

- المرسوم التنفيذي 98-381، الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية العدد: 90 المؤرخة في 13 شعبان عام 1419هـ الموافق الثاني ديسمبر لسنة 1998.

- القرار الوزاري رقم 29 المؤرخ في 1999/02/21 ، الصادر عن وزير الشؤون الدينية، المتضمن إنشاء لجنة الأوقاف و تحديد مهامها وصلاحيتها، المتمم بالقرار الوزاري رقم 200 المؤرخ في 2000/11/11. - مصنف القوانين والمراسيم الرئاسية والقرارات الوزارية المشتركة والقرارات الصادرة عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف من أول يناير سنة 1997 إلى 31 ماي 2003 ، نشر وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، 2003.

- مصنف القوانين والمراسيم الرئاسية والقرارات الوزارية المشتركة والقرارات الصادرة، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف من أول يناير 1997 إلى 31 ماي 2003 ، نشر وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، 2003.

مصادر تشريعية مقارنة:

- أحكام الوقف رقم 48، مستخرج من الوقائع المصرية العدد16 ، الصادر في رجب سنة 1365 الموافق 12 يونيو سنة 1946.

– قانون أحكام الوقف رقم (48) مستخرج من الوقائع المصرية العدد : 61 مصر 1946/06/17.

ثانيا :المراجع:

1- الكتب:

– إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي إدارة البحوث، الطبعة الأولى ، الإمارات العربية المتحدة، 2009.

– أبو عبيد حمد بن عبيد مسلم السليمي السمائلي، هداية المبصرين في فتاوى المتأخرين، مكتبة الشيخ العلامة حمد بن عبيد السليمي العامة سمائل، سلطنة عمان، الطبعة الأولى، 1433 هـ/2012م .

– أحمد ابن تيمية، مجموع الفتاوى، جزء 31، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة السعودية، بدون رقم طبعة، سنة 2004.

– إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة التاسعة، سنة 2007.

– برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر، الإسعاف في أحكام الأوقاف، دار الرائد العربي، بيروت لبنان، بدون رقم الطبعة، 1981م.

– برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر، الإسعاف في أحكام الأوقاف، تحقيق صلاح محمد أبو الحاج، دار الفاروق، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2015م.

– خالد بن علي المشيقع، النوازل في الأوقاف، كرسي الشيخ راشد بن دايل لدراسة الأوقاف، الرياض، بدون رقم طبعة، سنة 2012.

– رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة الجزائر، بدون رقم طبعة، سنة 2004.

– زهدي يكن،أحكام الوقف، المطبعة العصرية للطباعة والنشر، بيروت الطبعة الأولى، بدون سنة النشر.

– سمير صبحي، أحكام الوقف في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ، الطبعة الأولى، سنة 2015.

– شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، ج12، دار المعرفة، بيروت لبنان، طبعة الثانية، بدون سنة النشر.

– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998.

- عبد الرزاق بن عمار، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، بدون رقم الطبعة، سنة 2010.

- فؤاد عبد الله العمر، استبدال الأموال الموقوفة (الشروط الاقتصادية ومستلزمات التنمية)، الأمانة العامة للأوقاف، الطبعة الأولى، سنة 2007.

- قاسم القوني، أنيس الفقهاء، تحقيق أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء للنشر والتوزيع، السعودية، ط الأولى، سنة 1986م.

- مايا دقابشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومة، الجزائر، بدون رقم الطبعة، سنة 2015.

- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على در المختار شرح تنوير الأبصار لخاتمة المحققين، الجزء 6، دار عالم الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، طبعة خاصة، سنة 2003م.

- محمد الأمين بالميلود، الحماية المدنية والجنائية للأملاك الوقفية، دار الأيم للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2019م.

- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1972.

- محمد أبو الزهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بدون رقم طبعة، سنة 1977، القاهرة.

- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الرابعة، 1982.

- محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،عين مليلة الجزائر، بدون رقم طبعة، س 2006 .

- محمود أحمد مهدي، نظام الوقف في التطبيق المعاصر،نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب .التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة، المملكة العربية السعودية،2003 م.

- مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، دار عمار، عمان الأردن، الطبعة الثانية، سنة 1998م.

- مصطفى أحمد الزرقا، مدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، دار القلم دمشق، الطبعة الأولى، سنة 1999م.

- مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهي، الجزء الرابع، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق، وبدون رقم الطبعة، بدون سنة الطبع.

- منذر قحف، الوقف الإسلامي، تطوره، إدارته، تنميته، دار الفكر، دمشق سورية، الطبعة الأولى، سنة 2000م.

- منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2011م.

- وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، طبعة الثانية، سنة2007 م.

-2 القواميس والمعاجم:

- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، طبعة الأولى (جديدة ومشكلة تشكيلا تاما)، بدون تاريخ النشر

-3 الرسائل الجامعية:

أ- رسائل الدكتوراه:

- عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثماره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2006م.

- قنفود رمضان، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي في إطار القانون الموضوعي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة الجامعية 2015م.

ب- رسائل الماجستير:

- أحمد قاسمي، الوقف ودوره في التنمية البشرية مع دراسة حالة الجزائر، مذكرة ماجستير في علوم التسيير تخصص نقود ومالية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، سنة 2008م.

- بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2012م.

- زردوم صورية، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير قانون عقاري، قسم العلوم القانونية كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2010م.

- عبد القادر عبد الله حسين الحواجري، استبدال الوقف وبيعه، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة الإسلامية، الجامعة الإسلامية، غزّة، 2015م.

-4 المؤتمرات والدورات والندوات:

- جمعة محمود الزريقي، تعمير أعيان الوقف واختلاف وسائله قديما وحديثا، منتدى قضيا الوقف الفقهية الخامس، اسطنبول الجمهورية التركية، سنة 2011م.

- جمعة الزريقي حرر من طرف إبراهيم البيومي غانم، ندوة بعنوان: نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي، بحوث ومناقشات الندوة الفكرية التي نظمها مركز دراسات الوحدة العربية والأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، الطبعة الأولى، الحمراء بيروت سنة 2003م.

- محمود السرطاوي، وقف الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع، منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الاسلامي الأعلى، الدورة التاسعة عشرة إمارة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة 2009م.

أ-المؤتمر الثالث للأوقاف: الوقف الإسلامي"اقتصاد، وإدارة، وبناء حضارة"، المنعقد في الفترة من 3 إلى 5 يناير 2010، بالجامعة الإسلامية،المدينة المنورة،من موقع المشكاة، الرابط:
http://www.almeshkat.net/vb/showthread.php?t=84694

- أسامة عمر الأشقر: التنظيم القانوني للوقف –الدوافع ،الآليات،المجالات-.

- سليم هاني منصور: ولاية الدولة على الوقف وتفريغه من مضمونه الاجتماعي.

- أحمد بن صالح بن صواب الرفاعي، ولاية الدولة على الوقف بين الرقابة والاستيلاء.

-8 المواقع الإلكترونية:

- الموقع الرسمي لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف الجزئرية

http://www .MarWakf -dz.org :

الفهـــرس

الفهرس

المقدمة.....4

الفصل الأول: ماهية الوقف وإدارته..... 12

المبحث الأول: ماهية الوقف.....13

المطلب الأول: مفهوم الوقف..... 13

الفرع الأول : التعريف وتمييزه عن بعض المصطلحات.....13

أولا : التعريف الوقف.....14

ثانيا: تمييز الوقف عن بعض المصطلحات.....16

الفرع الثاني: خصائص الوقف.....18

أولا: خصائص الشرعية..... 18

ثانيا: خصائص القانونية.....18

المطلب الثاني: تأسيس الوقف وأنواعه.....21

الفرع الأول: أركان الوقف شروط نفاده..... 21

أولا : أركان الوقف..... 21

ثانيا: شروط نفاد الوقف 35

الفرع الثاني: أنواع الوقف.....37

أولا::تقسيم الوقف باعتبار أطرافه.....37

ثانيا: تقسيم الوقف باعتبار المحل و باعتبار الصيغة.....40

المبحث الثاني: إدارة الوقف.....44

المطلب الأول : طرائق تسيير الوقف.....44

الفرع الأول:الطرائق التقليدية لإدارة الوقف.....44
أولا :الإدارة الذرية المستقلة.....44
ثانيا:الإدارة المعينة من قبل القضاء وتحت إشرافه 45
الفرع الثاني: طرائق الإدارة الحكومية.....46
أولا :الإدارة الحكومية في شكل هيئة إدارية مستقلة 47
ثانيا:الإدارة الحكومية المباشرة..... 48
المطلب الثاني: تسيير الوقف في التشريع الجزائري.....49
الفرع الأول تاريخ إدارة الوقف.....49
أولا: مرحلة عدم الاهتمام بشؤون الوقف.....49
ثانيا: مرحلة الاهتمام المتزايد بشؤون الوقف..... 51
الفرع الثاني الأجهزة المكلفة بتسيير الوقف.....53
أولا: الأجهزة المركزية المكلفة بتسيير الوقف.....53
ثانيا: الأجهزة المحلية المكلفة بتسيير الوقف.....54
الفصل الثاني: التصرف في الملك الوقفي.....58
المبحث الأول: الاستبدال وعلاقة الواقف بالناظر.....59
المطلب الأول : مفهوم استبدال أموال الوقف.....59
الفرع الأول التعريف الاستبدال.....59
أولا: استبدال أموال الوقف.....59
ثانيا : صور استبدال الوقف.....62
الثاني: تثمير الأوقاف بالاستبدال.....64

أولا: الاستبدال كسبيل لإيجاد مصادر التمويل صيانة الوقف وعمارته 64

ثانيا: الاستبدال كسبيل لاستثمار الأموال الوقفية 65

المطلب الثاني: علاقة الواقف بمتولي الاستبدال.....66

الفرع الأول: متولي الاستبدال واشتراطات الواقف.....66

أولا: نزاهة القائم بعملية الاستبدال..... 67

ثانيا: اشتراطات الواقف وأنواعها 68

الفرع الثاني: أثر اشتراطات الواقف في استبدال الوقف.....70

أولا: حالة اشتراط الاستبدال من الواقف..... 70

ثانيا:حالة سكوت الواقف عن الاستبدال أو نهيه عنه.....71

المبحث الثاني: ضوابط الاستبدال وإجراءاته.....72

المطلب الأول: ضوابط العين المبدلة والبدل.....72

الفرع الأول: ضوابط العين المبدلة.....72

أولا: الضرورة والمصلحة في استبدال الوقف.....73

ثانيا: استبدال الوقف العامر والخرب 77

الفرع الثاني: ضوابط البدل والثمن.....83

أولا: ضوابط العين المبدلة 83

ثانيا: ضوابط الثمن.....84

المطلب الثاني: أحكام وإجراءات الاستبدال 87

الفرع الأول: الإجراءات الشكلية للاستبدال.....87

أولا: إذن الجهات الوصية بالاستبدال.....88

ثانيا: أحكام الاستبدال 88

الفرع الثاني: كيفية تنفيذ عملية الاستبدال لدى المشرع الجزائري.....90

أولا: الإجراءات المعتمدة في الاستبدال.....92

ثانيا: تسجيل العقار الوقفي وتشطيبه في سجل الجرد والبطاقية.....93

الخاتمة..... 95

قائمة المصادر والمراجع 98

الفهرس.....106