

محاضرات في عقود التبرعات
من إعداد الدكتورة جبار جميلة

عقود التبرعات

كرست التشريعات الوضعية و من قبلها الشريعة الإسلامية حرية تصرف الشخص في أمواله بموجب تصرفات قانونية كيف شاء ، و لمن شاء و متى شاء مادام مالكا ، و لا يحق لأي كان التدخل في إرادته أو الحد منها إلا في حدود ما يسمح به القانون .

هذه التصرفات القانونية تنقسم إلى تقسيمات متعددة ، فمن حيث البديل أو المقابل تنقسم إلى تصرفات بعوض و تصرفات بدون عوض أو ما يعرف بالتبرعات ، هذا الصنف الأخير سوف يكون محل دراستنا ذلك أن التصرفات التبرعية تشمل كل أنواع المعاملات المالية الإحسانية غير العوضية التي يجريها المتبرع بإرادته و التي تصبح ملزمة له بعد إنعقادها ، يكون الغرض منها التقرب لله عز و جل لنيل الثواب و مجاهدة النفس و تربيته على الجود و العطاء .

فالتبرعات هي كل ما يعطيه الإنسان مجانا و بدون مقابل على وجه العموم كالوصية ، الهبة ، الوقف العارية ، الصدقة و كذلك الوديعة و القروض و الوكالة إذا كانت هذه العقود قد حصلت بدون مقابل ، فتعد حينئذ عقود تبرع بدون مقابل .

لذلك أن القاسم المشترك لهذه العقود التبرعية يكمن في المقاصد المتوخاة من هذه التصرفات ، نجد منها على وجه الخصوص المقصد التعبدي و المقصد الإجتماعي و أخيرا المقصد التنموي الإقتصادي .

و بالرغم من الأدوار التي تحققها التصرفات التبرعية ، إلا أنها تعتبر تصرفات خطيرة كونها تؤدي إلى افتقار الذمة المالية للمتبرع أو تؤثر عليها بالسلب الأمر الذي يقتضي منه التمهّل و التريث مع أخذ الحيطة و الحذر قبل الإقدام عليها ، سيما إذا علمنا أن البعض من هذه التصرفات التمليكية تؤدي إلى انتقال الملكية من المتبرع إلى المتبرع له ، إذا ما استوفت أركانها و توافرت شروط صحة هذه الأركان.

لذا ستتناول هذه الدراسة أحكام التصرفات التبرعية في الشريعة و القانون على وجه التحديد :

الوقف ، الهبة و الوصية ، على أن نقسم دراسة الموضوع إلى جزئين الأول

هذه التصرفات أفرد لها المشرع الجزائري الكتاب الرابع من قانون الأسرة المعدل و المتمم بالإضافة

إلى ما تضمنته تشريعات أخرى نذكر منها القانون المدني ، قانون الأوقاف ، قانون التوجيه العقاري ،

قانون التوثيق ، قانون التسجيل ، وكذا قوانين الشهر العقاري .

و عليه يكون البحث في هذا الموضوع بتأصيل هذه الموضوعات و تحليل كل النصوص التشريعية

المتعلقة بمجال البحث مع تطعيمه بالمجال التطبيقي كلما تسنى لنا ذلك ، بغرض التعرف بما جاد به

إجتهاد القضاء الجزائري في هذا المجال من خلال جمع القرارات القضائية ، دون أن نغفل ما ذهب

إليه أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، و حتى بعض التشريعات الوضعية المقارنة لتوضيح بعض

المفاهيم ، لا سيما تلك التي لم يتطرق إليها المشرع الجزائري أو التي تثير إشكالات قانونية .

الجزء الأول الوقف

إن الأموال من منقول و عقار ، إنما خلقت للإنتفاع بها و الإنتفاع بالمال يكون على طريقتين ، إما استهلاك عينه و إما باستعماله مع بقاء عينه ، لذلك كانت مبادلات الأموال بين الناس لتبادل منافعها ، لهذا حرصت الشرائع و القوانين على حصر كل أسباب انتقال الأموال من يد إلى يد .

فالأموال بمقتضى طبيعتها و خلقتها قابلة لورود الملكيات عليها و لتعاقب الأسباب الناقلة لهذه الملكيات ، فليس في الأصل شيء محبوس عن التداول .

فإذا رغب أحد في حبس بعض أمواله عن التداول ، فلا يمتلكها أحد كما لا يمسها أي سبب من الأسباب الناقلة للملكية ، و إنما يقع الإنتفاع بها فقط دون امتلاكها و هي حالة استثنائية في المال تعرف باسم الحبس أو الوقف مناطها الحاجة العامة إلى هذا الحبس في المال لتحقيق مقاصد من مصلحة الجماعة تتوقف عليه .

فالوقف بمفهومه العام يفيد معنى حبس المال عن الامتلاك و التداول في سبيل مقاصد عامة و لقد نشأت هذه الطريقة لضمان حياة طائفة من المصالح العامة : دينية ، علمية ، خيرية ، ذلك أن هذه المصالح تحتاج إلى أماكن و نفقة دائمة و هذا يستدعي وجود مورد مالي مستمر يدر عليها المال اللازم لحياتها و يكفي القائمين عليها و على إدارة هذا المال و استغلاله و إنفاقه في تلك المصالح .

لهذا يعتبر الوقف عملاً من أعمال التبرع ذو منشأ إسلامي يتميز بالطابع الإجتماعي و التنموي ، بهذا الطرح يكون الوقف ليس كوعاء مالي يسخر لخدمة ما ، بل له أدوار تنموية بالغة الأهمية في تأسيس و دعم و تقوية نسيج المجتمع الإسلامي الذي هو اليوم في أشد الحاجة إلى تجديد تقاليد العمل به لكونه يجسد عملاً إنسانياً كبيراً و تجلياً جميلاً لإرادة الخير في نفسية المسلم .

ولعل المظاهر الإيجابية للوقف تظهر آثاره في التحرر من حب التملك و ذلك بسد حاجات الآخرين و إغاثتهم من ضيق الحوج إلى سعة الإكتفاء المادي و المعنوي .

ولقد ساهم الوقف عبر مختلف محطات الزمن بشكل كبير في إثراء المجتمع الإسلامي بمؤسسات علمية و ثقافية مختلفة الأشكال و الصيغ و المناهج ، مما كان له الأثر الواضح في بناء الحضارة الإسلامية و إزدهارها ، و هو ما يجعلنا ندرك أن العدالة الإجتماعية التي يحققها الإسلام بصفة عامة و الوقف بصفة خاصة شيء أكبر من سياسة المال و أسى من مجرد توزيع ثروة المجتمع بالمساواة ، كما ندرك أن ميزة الوقف التطوعية تجعل منه أداة لتأكيد الهوية الإسلامية التي تجعل الإنسان يعبر عن إيمانه بإيجابية و فعالية من أجل تحقيق التضامن الإجتماعي و تعزيز الروابط بين الأفراد .

و ما نشأت المؤسسات الخيرية كالمساجد و المستشفيات و المدارس و المكتبات العامة و دور العجزة و أمثالها من أعمال البر و الخير و الإحسان ، إنما تم بفضل الصدقات الجارية التي تسمى حبسا أو وقفا . فالثابت تاريخيا أن إنشاء الأقباس و الأوقاف عادة جرى عليها البشر من أقدم العصور فكان سيدنا ابراهيم الخليل عليه السلام أول من شرع الوقف ، من ذلك الكعبة المشرفة و هي البيت العتيق الذي بناه

ليكون مثابة للناس و أمنا ثم أصبح للعرب مصلى عاما على اختلاف قبائلهم يحجون إليه كل عام فالبيت الحرام و المسجد الأقصى كانا قائمين و كذلك المعابد و الكنائس ، و لا يتصور أن تكون مملوكة لأحد من العباد و منافعها لجميع الذين يتعبدون فيها .

غير أنه بمجيء الإسلام لم يكن الوقف بالمفهوم الذي كان عليه العرب في جاهليتهم ، بل أصبح للتصرف الوقفي مفهوم جديد في الإسلام .

و حتى تكون دراستنا للموضوع دراسة شاملة ارتأينا تقسيمها إلى ثلاث محاور أساسية هي :

الفصل الأول : مفهوم الوقف

الفصل الثاني : الآثار المترتبة على الوقف

الفصل الثالث : المنازعات القضائية المتعلقة بالأوقاف

الفصل الأول

مفهوم الوقف و أبعاده

من الثابت تاريخيا أن إنشاء الأوقاف والأحباس عادة قديمة جرى عليها البشر منذ أقدم العصور لما لها من دور في إحياء المؤسسات الخيرية ابتغاء حسن المثوبة والأجر ، فكان سيدنا ابراهيم الخليل عليه السلام أول من شرع الوقف والذي تمثل في الكعبة المشرفة التي بناها لتكون مثابة للناس وأمنا بمعنى أن الوقف كان ثابتا عند الأقدمين قبل الإسلام أي في العصر الجاهلي ، غير أن تلك الأوقاف كانت ترصد لغرض الفخر بخلاف أحباس المسلمين التي الأصل فيها أن تكون قربة لله تعالى .

ومعنى هذا أن الوقف كان ثابتا قبل مجيء الإسلام ، فالمعابد التي كانت قائمة وما رصد لها من عقارينفق من غلاته على القائمين على هذه المعابد لا يمكن صرف مدلول هذا التصرف إلا على أنه وقف .

فالمسجد الحرام والمسجد الأقصى وجدا قبل الإسلام يضاف إليهما المعابد والكنائس التي كانت قائمة آنذاك ، ولا يتصور أن تكون مملوكة لأحد من العباد ومنافعها تكون لجميع الذين يتعبدون فيها ، فلا مناص لنا من أن نقرر أن الوقف كان موجودا بمعناه قبل الإسلام ، مثله مثل البيع والإجارة و غيرها من العقود التي كانت موجودة قبل الإسلام وأقرها الإسلام فيما بعد .

و عليه فإن أحكام الوقف تعد تشريعا إسلاميا تشمل قواعد ومدارك واعتبارات تكاد تجعل من تلك الأحكام الوقفية فقها خاصا متشعب النواحي يحتاج إلى أحكام فقهية وأحكام قانونية وإدارية و قضائية ، الأمر الذي جعل أحكام الأوقاف عبارة عن مزيجا من عناصر بعيدة الأنساب والأواصر ، منها القضائي ومنها الإداري ومنها الفقهي ، عندما يتعلق الأمر بالعديد من الحقوق كحقوق المستأجرين و حقوق الموقوف عليهم بالإضافة إلى حقوق الموظفين .

غير الوقف ة لأول عهد في الإسلام كان متجها إلى أوجه الخير والبر العام ، يشترك فيها الواقف و أهله أو أقاربه و سائر الناس ، ثم بدأ الصحابة بعد ذلك يحبسون الأموال على أولادهم و هم يرون في ذلك وسيلة لصينة المال من التبيد .

مما سبق نستشف أن المقصود بالوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى ، وبالتالي يزول ملك الواقف لتعود منفعة الشيء الموقوف على العباد ، ليصبح الوقف بعد ثبوته لازما لا يجوز التصرف فيه كما لا يمكن توريثه ، لأن الغرض من الوقف هو تحبيس الأصل و تسبيل المنفعة . هذا و يستمد الوقف أدلة مشروعيته من مصادر الشريعة الإسلامية بداية من القرآن و السنة ،

يضاف

إليهما بقية المصادر الأخرى التي تؤكد في مجملها على مشروعية هذا التصرف التبرعي و تدعمه ، نظرا لإسهامه بشكل كبير في إثراء المجتمع الإسلامي بمؤسسات علمية و ثقافية مختلفة الأشكال و الصيغ و المناهج ، سواء كانت هذه الأوقاف أوقاف عامة أو أوقاف خاص أو أوقاف مشتركة ، علما أن الأوقاف عند نشأتها كانت أوقافا عامة ليظهر فيما بعد نوع آخر أو صنف آخر يعرف بالأوقاف الخاصة و هو ما يعرف أيضا بالوقف الذري ، هذا الأخير عرف الكثير من المد و الجزر سواء تعلق الأمر بالجانب الفقهي أو بالجانب القانوني .

مهما يكون نوع الوقف ، فإن ثبوته يتطلب توافر جملة من الأركان تتمثل على وجه الخصوص في أربعة أركان هي : الواقف ، الموقوف عليه ، الصيغة و أخيرا المحل أو محل الوقف . فإذا ما

توافرت هذه الأركان و كانت مستوفاة لشروط صحتها نشأ الوقف ، هذا الأخير يكون مصدره إما التصرف الوقفي الرامي إلى إحداث أثر قانوني بإرادة منفردة ، أو الوصية التي تعد وصفا يؤكد على عدم نفاذ التصرف إلا بعد وفاة الموصي بالوقف ، كما نجد بعض التشريعات الوضعية قد أضافت مصدر آخر و هو القانون .

للإحاطة بمجمل هذه العناصر ارتأينا تقسيم هذه الفصل إلى خمس مباحث نردها على النحو التالي :

المبحث الأول : تعريف الوقف و أدلة مشروعيته

المبحث الثاني : أنواع الوقف

المبحث الثالث : أركان الوقف

المبحث الرابع : مصادر الوقف

المبحث الخامس : إثبات الوقف

إذ عرف المشرع الجزائري الوقف بموجب نص المادة 03 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 بأنه : ((حبس العين عن التمليك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر أو الخير)). في حين قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 و بموجب المادة 31 منه عرف الأملاك الوقفية بأنها:

((الأملاك العقارية التي حبسها مالكيها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو ذات منفعة عامة ، سواء كان هذا التمتع فورا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور)).

و عليه سوف تنصب دراستنا في هذا المجال على أسباب كسب حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الموقوفة ، لكون الوقف في حد ذاته سببا من أسباب كسب و انتقال الحق باعتباره السبب المباشر كما أسلفنا الذكر في تكريس هذا النوع من حق الإنتفاع و ذلك من خلال المطلب الأول ، على أن يكون المطلب الثاني متعلقا بمدى إمكانية انتقال هذا الحق بنفس الأسباب التي تخص حق الانتفاع المكرس بموجب القانون المدني ، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار نوع الوقف .

المطلب الأول : الوقف

يترتب عن نشوء الوقف حق انتفاع بالعين الموقوفة لفائدة المستحق أو المستحقين و هو بذلك حق عيني و ليس بحق شخصي، و قد يكون هذا الحق معلقا على شرط أو محتمل الحصول أو غير أكيد . ولكنه مع ذلك يبقى هذا الحق حقا عينيا علما أنه ينشأ بمعزل عن أي اتفاق بين الواقف و الموقوف عليه ، باعتبار أن الوقف عمل قانوني صادر بإرادة منفردة و ينتج مفاعيله القانونية بمجرد صدوره و استيفائه سائر أركانه ، هذه الأركان هي أركان ثابتة لا تختلف باختلاف أنواع الوقف سواء كان الوقف وقفا عاما أو خاصا .

من هذا المنطلق و جب علينا في هذا المقام البحث في أركان الوقف و التي بتحققها ينشأ الوقف و بالتالي يثبت حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية ، هذه الأركان هي أربعة :

الواقف ، الموقوف ، الموقوف عليه و أخيرا الصيغة الدالة على إنشائه .

ذلك أن مدلول الركن عند الفقهاء هو ما يتوقف عليه الشيء ، و لا شك أن هذه الأركان الأربعة يتوقف

عليها وجود الوقف ، و هو الموقف نفسه بالنسبة للمشرع الجزائري.

في حين أن فقهاء المذهب الحنفي يرون بأن للوقف ركن واحد فقط و هو الصيغة و ذلك لإقتضاءها الأركان الأخرى ، و ركن الصيغة يكون بالألفاظ الخاصة و الدالة عليه.

كما تبقى هذه الأركان غير كافية لتحقق الوقف شرعا ، بل لابد من تحقق أوصاف كل ركن لكي يصح الوقف و هذه الأوصاف تعرف عند الفقهاء بإسم الشروط.

بعد هذا العرض نحاول تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع ، نتطرق من خلال الفرع الأول إلى أركان الوقف ، ثم و من خلال الفرع الثاني نعالج مسألة نفاذ الوقف على أن يكون الفرع الثالث متعلقا بتكليف الوقف بين ما إذا كان الوقف إيقاعا أم أنه عقد ، بينما في الفرع الرابع و الأخير نخصصه لمضمون حق الموقوف عليهم في الإنتفاع بالوقف .

الفرع الأول : أركان الوقف

تنص المادة 09 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27

((أركان الوقف هي :

1 - الواقف

2 - محل الوقف

3 - صيغة الوقف

4 - الموقوف عليه)).

من خلال هذا النص يتبين لنا أن المشرع حدد أركان الوقف بأربعة أركان هي : الواقف محل الوقف ، الصيغة ، الموقوف عليه ، نحاول من خلال هذه النقطة التطرق إلى هذه الأركان تبعا وذلك حسب ترتيبها الوارد في النص .

الركن الأول : الواقف

الواقف هو الشخص المالك الذي انشأ بإرادته المنفردة الوقف و جعل ملكيته من بعده غير مملوكة لأحد من العباد ، قاصدا إنشاء حقوق عينية عليها لفائدة المستحقين خاضعا في تنظيمه لأحكام الشريعة

الإسلامية . كما يشترط في الواقف بالإضافة إلى تملكه للمال محل الوقف أن يكون أهلا للتبرع ، على اعتبار أن الوقف هو إخراج للملك من غير عوض ولا تتحقق أهلية التبرع في الواقف إلا بتوافر شروط هي :

01 - أن يكون بالغا سن 19 سنة كاملة و إلا كان تصرفه باطلا و على هذا الأساس لا يصح وقف الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز ، لأن غير المميز ليس أهلا للتصرف مطلقا و المميز ليس أهلا للتبرعات ، و بالتالي يكون وقف الصبي باطلا حتى و لو أذن به الوصي هذا ما يؤكد نص المادة 30 من قانون

الأوقاف رقم 10/91 ((وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميز أو غير مميز و لو أذن بذلك الوصي)) .

02 – أن يكون الواقف متمتعا بأهلية التسيير ، بمعنى أن يكون عاقلا ، فلا يصح الوقف من فاقده كالمجنون أو ناقص العقل كالمعتوه ، و من تتوفر فيه هاتان الصفتان تنعدم فيه أهلية التسيير طبقا للقواعد العامة . لكن في مقابل ذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري أتى بحكم خاص لصاحب الجنون المتقطع حيث أقر بصحة وقفه متى أثبت أنه حدث أثناء إفاقته و في هذه الحالة يجب إثبات الإفاقة بكافة الطرق الشرعية المعمول بها . وهذا ما أكده المشرع الجزائري بموجب نص المادة 31 من قانون الأوقاف التي تنص : ((لا يصح وقف المجنون و المعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير ، أما صاحب الجنون المتقطع فإنه يصح أثناء إفاقته و تمام عقله ، شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية)) . و بهذا الحكم الخاص ، يكون المشرع قد خالف القواعد العامة المكرسة في القانون المدني خاصة نص المادة 42 منه، و الذي لم يفرق المشرع من خلاله بين صاحب الجنون المتقطع و غير المتقطع معتبرا أن الجنون بصفة عامة يشكل عارضا من عوارض الأهلية مما يجعل صاحبه غير أهلا لمباشرة حقوقه ، حيث تقضي المادة 42 المشار إليها أعلاه بما يلي : ((لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون)) .

بهذا الطرح يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالقواعد الشرعية الموجودة في الفقه الإسلامي التي أجازت تصرفات المجنون جنونا متقطعا لإمكانية تكليفه . غير أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة و طبقا للمادة 215 منه نجدها تنص على ما يلي :

((يشترط في الوقف و الموقوف ما يشترط في الواهب و الموهوب طبقا للمادتين 204، 405 من هذا القانون)) . لكن بالرجوع إلى هذين النصين - نص المادة 204 و المادة 205 - نجد أن المادة 204 تقضي : ((الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية)) ، في حين المادة 205 تنص: ((يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير)) . وبالتالي نرى أن هذه الإحالة هي إحالة خاطئة ، فكان ينبغي على المشرع أن يحيل إلى نص المادة 203 من قانون الأسرة التي تنص على شروط الواهب .

03 – يشترط في الواقف أن يكون غير محجور عليه لسفه أو دين أو مريض مرض الموت ، و متى كان الشخص مصابا بجنون أو عته أو سفه ، جاز لأحد أقاربه أو من له مصلحة أو النيابة العامة تقديم طلب أمام المحكمة المختصة إقليميا لإستصدار حكم قضائي يقضي بالحجر تطبيقا للمادتين 107 و المادة 108 من قانون الأسرة الجزائري . ذلك أنه من الآثار القانونية الهامة ، للحجري غل يد المحجور عليه في التصرف في أمواله و كل تصرف يصدر منه يعتبر باطلا بما فيه الوقف ، حسب ما تشير إليه الفقرة الثانية من نص المادة 10 من قانون الأوقاف 10/91 ((...أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين))، كما أن المدين و المريض مرض الموت لتصرفاتهما تأثير في نفاذ الوقف لا في صحة الوقف.

أما المدين : فإذا كان الدين غير مستغرق و وقف ما زاد عما يفي بدينه ، كان الوقف صحيح و نافذ في حق الدائنين ، ولا يتوقف على إجازة أحد منهم ، يستوي في ذلك أن يكون المدين متمتعا بصحته أو في مرض موته . و إذا كان الدين مستغرقا و المدين محجورا عليه بسبب هذا الدين و وقف ماله كله أو بعضه بعد الحجر عليه ، توقف نفاذ وقفه على إجازة الدائنين فإن أجازوه نفذ ، و إن لم يجيزوه كان

لهم الحق في طلب إبطاله سواء كان هذا الوقف صادرا منه في صحته أو في مرض موته بناء على ما تؤكدته المادة 32 من قانون الأوقاف.

المريض مرض الموت : إذا كان الواقف مريض مرض الموت غير مدين وأنجز وقفا على أجنبي ، فهنا لا بد من التمييز بين ما إذا كان له ورثة أو لم يكن له .

بحيث في الحالة الأولى – وهي حالة وجود ورثة – ينفذ الوقف في هذه الحالة إذا خرج عن ثلث التركة ويأخذ حكم الوصية وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري ، أما مزاد عنه فإنه ينفذ وقت حياته ، لكن لا يلزم الورثة بعد موته وهذا لتعلق حقهم به . فإذا أجازوه سقط حقهم فيه ، وإذا لم يجزوه لم ينفذ في حقهم . إلا أننا نرى أن المشرع قد جانب الصواب في هذا الطرح ، عندما اعتبر أن الوقف في مرض الموت وصية ، بل هو تصرف باطل .

وتبقى إثارة مسألة عدم توافر الأهلية في الواقف عند إبرامه للوقف مسألة تحتاج إلى إثبات حتى يحكم بها القاضي ويقضي تبعا لذلك ببطلان الوقف ، وهو المبدأ الذي جسدهته الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا مفاده أن التمسك ببطلان بحجة عدم أهلية المحبس وقت إعداد عقد الحبس دون تقديم أي دليل على عدم الأهلية ، يجعل الدفع بالبطلان غير مؤسس .

04 – بالإضافة للشروط السابق ذكرها ، لا بد أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة ملكية تامة بناء على حكم المادة 10 من قانون الأوقاف 10/91 : ((يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي : أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا)).

وهذا ما أكدته صراحة الغرفة العقارية بالمحكمة العليا عند إقرارها بأنه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا ، ولما ثبت في قضية الحال أن المحبس الأصلي كان قد باع القطعة الأرضية محل الحبس فإن القضاء بعدم شرعية عقد الحبس يعد تطبيقا صحيحا للقانون.

لكن وفي بعض الحالات قد يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة غير أنه لا يحق له التصرف فيها ،
إذا ما حكم عليه بعقوبة جنائية تبعية تمنعه من مباشرة حقوقه المالية تطبيقا لنص المادة 07 من
قانون العقوبات الجزائري .

04 - هذا ما يعرف بالحجر القانوني مفاده حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة
حقوقه المالية.

لتبقى مسألة إثبات ملكية المال المراد وقفه تختلف باختلاف طبيعة المال في حد ذاته

ففيما يخص ملكية العقار: تثبت بموجب عقد رسمي إذا آل إلى الواقف بعد نفاذ قانون التوثيق لسنة
1970 أو بعقد عرفي مسجل قبل هذا التاريخ ، كما يمكن إثبات الملكية بموجب أحكام أو قرارات
قضائية تتضمن البيانات المتعلقة بها و هو الأمر نفسه بالنسبة للحقوق العينية المتفرعة عن حق
الملكية كحق الانتفاع على وجه الخصوص على اعتبار أنه يجوز وقف المنفعة طبقا للمادة 11 من
قانون الأوقاف التي تنص : ((يكون محل الوقف عقارا منقولاً أو منفعة ...)) .

أما عن ملكية المنقول : فتطبق بشأنها القاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، باستثناء بعض
المنقولات كالسيارات والمركبات إلخ التي تحتاج إلى الكتابة .

و تبقى تطبيقات هذا الركن تثير العديد من المنازعات القضائية البعض منها يتعلق بعدم أهلية
الواقف كما سبق الإشارة إليه من خلال القرارات التي تم تقديمها في هذا المجال والبعض الآخر يخص
اشتراطات الواقف و مدى إمكانية التراجع عنها ، هذا ما تبينه القرارات التي استقر عليها الجهاز
القضائي ، بحيث يجوز للواقف التراجع عن الوقف بتحقيق جملة من الشروط أهمها :

1 - يجوز للواقف التراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط الواقف لنفسه ذلك حين انعقاد العقد ، وهذا الشرط كرسته المادة 15 من قانون الأوقاف وكذا القرار الذي يحمل رقم 204958 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 2001/01/31 حيث أقرت الغرفة على أنه يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد .

2 - عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه شرعا إلا إذا تم وفق المذهب الحنفي ، و عليه إذا ما تم الحبس وفق المذهب المالكي لا يجوز التراجع عنه هذا ما يؤكده القرار الصادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا تحت رقم 223224 بتاريخ 2001/12/19 ، بحيث أقرت مبدأ مفاده : ((من الثابت شرعا أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم وفقا للمذهب الحنفي ولما كان الحبس في دعوى الحال تم على المذهب المالكي الذي لا يجيز التراجع عن الحبس فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد أساءوا تطبيق القانون)).

هذا ما يشترط في الواقف لثبوت صحة الوقف ، أما الإسلام فليس بشرط لأن غير المسلم يصح وقفه .

الركن الثاني : محل الوقف

محل الوقف هو الشيء الموقوف الذي يعد ركنا أساسيا في عقد الوقف و يصطلح عليه في عقد الوقف بالعين الموقوفة، وهو كل ما يحبس عن التملك و يتصدق بمنفعته .
و يشترط في الموقوف ليصح الوقف أن يكون عقارا أو منقولا أو منفعة على أن يكون معلوما محددًا و مشروعًا . أما المال المشاع فيصح وقفه و في هذه الحالة تتعين القسمة .

مجمل هذه الشروط حددتها المادة 11 من قانون الأوقاف رقم 10/91 نردها حسب الآتي :

الشرط الأول: أن يكون محل الوقف عقارا أو منقولا

يصح الوقف مهما كانت طبيعة المال محل الوقف سواء كان عقارا أو منقول ، بناء على ذلك يصح وقف السيارات ، السفن الحبوب ، النقود ، الحيوانات ، المصاحف وكل مال منقول يمكن أن ينتفع به بما في ذلك وقف المنافع الذي أجازته المشرع مخالفا بذلك المذهب الحنفي الذي يجيز وقف العقار بلا نزاع لتحقق شرط التأييد في مثل هذا الوقف ، أما المنقول فلا يجيزه إلا إذا كان تابعا للعقار ، سواء كان متصلا به كآلات الري و الحرث و الأشجار و البنائات المثبتة في الأرض ، أو كان اتصاله به ليس على وجه القرار كالزراع و الثمار- بخلاف حق الانتفاع في القواعد العامة الذي يشترط فيه أن يرد على شيء غير قابل للإستهلاك .-

فالنوع الأول من المنقول يصح وقفه تبعا لوقف الأرض، و بعبارة أخرى يدخل في الأرض من غير وجوب النص عليه في الوقف، أما الثاني لا يدخل إلا بالنص عليه ، هذا ولا يشترط في المال الموقوف عدم تعلق حق الغير به ، فيصح وقف المال المرهون مثلا أو مستأجر .

فلورهن شخص ماله نظير دين عليه ثم وقفه بعد الرهن صح الوقف ولا يبطل الرهن فإذا وفي ما عليه من الدين خلص المال للوقف و صرفت منفعته للجهة الموقوف عليها ، و إذا لم يوف عند الطلب و كان معسرا أبطل القاضي الوقف و باع الرهن و سدّد الدين إذا طلب المرتهن ذلك إذا لم يكن للراهن مال غيره . أما إذا كان عنده مال أخريفي بالدين فلا يبطل الوقف . كذلك الإجارة لا تمنع صحة الوقف و لا تبطل به ، بل تبقى العين الموقوفة في يد المستأجر حتى تنتهي مدة الإجارة أو يتفق على فسخها و بعد ذلك تصرف المنفعة إلى الجهة الموقوف عليها . أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتطرق إلى وقف المال المرهون في قانون الأوقاف ، لكن و بالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري و كذا نص المادة 02 من قانون الأوقاف حيث يقضي المشرع بموجب هذين النصين بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في ما هو غير منصوص عنه قانونا .

غير أنه ومن جانب آخر نجد فقهاء الشريعة الإسلامية في حد ذاتهم قد اختلفوا في مسألة جواز أو عدم جواز وقف المال المرهون، حيث نجد فقهاء الحنفية يجيزون وقف المال المرهون ، فإذا وفي الراهن بالدين الذي عليه صح الوقف بتطهير العين المرهونة ، أما إذا لم يوف به وجب إبطال الوقف حماية لحق

الدائن على المال الوقف ، و خالفهم في ذلك جمهور الفقهاء نافين بذلك وقف المال المرهون إلا في حالة إجازة المدين أو الدائن .

أما الشافعية أجازوه شريطة أن يكون المدين موسرا ، في حين الحنابلة يقرون بصحة وقف العين المرهونة شريطة أن يكون المدين موسرا مع وجود إذن من الدائن .
ولعل سكوت المشرع عن المسألة يعد بمثابة رفض انطلاقا من أن الرهن يعد تأمينا عينيا يمكن أن يؤدي إلى التصرف في المال الموقوف بالبيع استفاءا للدين الذي تقرر لأجله التأمين العيني ، علما أن الوقف في حد ذاته غير قابل للتصرف فيه .

ولا يصح أيضا أن يكون محل الوقف ما لا يدوم الانتفاع به ، كالطعام و الشرب غير الماء لأن منفعة المطعوم تكمن في استهلاكه . كما لا يصح وقف ما كان الانتفاع به غير مباح كوقف آلات الملاهي، لأن المنفعة القائمة منه غير مباحة و لا وقف الدراهم و الدنانير للتزيين و يبقى وقف هذه المنافع غير صحيح لأن الانتفاع بها غير مقصود باستثناء الماء فيصح وقفه.

و تبعا لذلك لا يصح وقف ما لا فائدة فيه أو ما لا منفعة منه كوقف كلب و خنزير و جوارح الطير نحوهما.

على أن يكون استيفاء منفعة الموقوف إما بتحصيل المنفعة كسكنى الدار و ركوب الدابة و زراعة الأرض ، أو بتحصيل العين كالثمار من الأشجار و الصوف و الوبر و الألبان الحيوانات .

الشرط الثاني: أن يكون معلوما محددًا و مشروعًا :

يقصد بالعلم بمحل الموقوف هو معرفة كل المواصفات و التعيينات التي تجعل الوقف معينًا تعينا يمنع الجهالة به ، و لقد أكد المشرع على هذا الشرط بموجب نص المادة 11 من قانون 10/91 من قانون الأوقاف ، و كذا نص المادة 216 من قانون الأسرة الجزائري .

كما أن الجهالة بمحل الوقف تؤدي إلى نزاع و عدم تمكين الموقوف عليهم من استيفاء حقوقهم ، بالإضافة إلى أن الجهالة تحدث أيضا التباسا في محل الإلتزام ، إذ لا يمكن معه التنفيذ .

و يبقى التعيين مختلفا باختلاف محل الوقف في حد ذاته ، فإذا كان شيء معين بالذات كأن يوقف الوقف دار أو أرض واقعة في مكان معين ، و جب تعيين مساحته و حدود الأرض و كل ما يتطلب من البيانات الكافية لتعيين العقار بوصف تام يمنع الجهالة به.

و بالإضافة إلى ضرورة تعيين المال محل الوقف ، يجب كذلك أن يكون المحل مشروعًا و ذلك استنادًا إلى نص المادة 93 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/12/26 المتضمن القانون المدني التي تقضي بما يلي : ((إذا كان محل الإلتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقًا)) . أما و بالنسبة للوقف فكل ما هو محرم طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية يعد وقفه باطلا طبقًا للقاعدة المتعارف عليها عند فقهاء الشريعة الإسلامية ((لا تبرع و لا صدقة بعين محرمة شرعًا)) ، ما دام الغرض من الوقف هو التبرع و التصدق للتقرب من الله عزوجل .

كما يدرج ضمن هذا الشرط ضرورة أن يكون المال الموقوف مفرزا ، و إن كان المشرع قد أجاز وقف المال المشاع ، في هذه الحالة يتعين قسمة المال المشاع حسب ما تشير إليه نص المادة 11 / 03 من قانون الأوقاف رقم 10/91 : ((يصح وقف المال المشاع و في هذه الحالة تتعين القسمة)) و كذا المادة 216 من قانون الأسرة الجزائري التي أجازت هي الأخرى وقف المال المشاع بنصها : ((يجب أن يكون المال المحبس مملوكًا للواقف ، و معينًا خاليًا من النزاع و لو كان مشاعًا)) .

و الجدير بالذكر أن وقف المال المشاع ثار بشأنه خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول وقف المشاع لغير المسجد أو المقبرة ، في حين حصل هناك إجماع و اتفاق بينهم حول ما إذا كان الوقف وقف مسجد أو مقبرة بحيث ينبغي أن يكون المال في هذه الحالة مفزرا لا مشاعا ، وإذا كان غير مفرز و غير قابل للقسمة فلا يصح أن يكون مسجدا أو مقبرة .

فلا يتصور أن يكون المسجد في الوقف المشاع شهرا مسجدا و شهرا آخر غير كذلك ، كما لا يتصور أن تكون المقبرة سنة مقبرة و سنة أخرى غير كذلك .

فالمسجد يقتضي الخلوص لله تعالى ، و هذا لا يتحقق مع الشيوع ، بل لابد من الفرز و كذلك الأمر بالنسبة إلى المقبرة ، فلا يمكن أن تتحقق كونها مقبرة مخصصة لدفن الأموات إلا بالفرز و هذه المسألة هي التي كانت موضوع إجماع .

في حين إذا كانت الأرض موقوفة لغير المسجد أو المقبرة ، في المسألة خلاف بين الفقهاء حول وقف المشاع لغير المسجد أو المقبرة ، و يقوم هذا الخلاف على اشتراط القبض للعين الموقوفة أو عدم اشتراطها .

فالذين يشترطون القبض قالوا بأن الوقف لا يتم مع الشيوع بل لابد من الفرز و القسمة، أما الذين لا يشترطون القبض أجازوا وقف الشيوع سواء كان قابلا للفرز أو غير قابل له و يتضح ذلك حسب الآتي :

موقف الحنفية : للحنفية رأيان في الموضوع رأي يرأسه الإمام محمد بن الحسن الشيباني و رأي آخر يرأسه الإمام أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري .

1 - رأي الإمام محمد بن الحسن الشيباني : ذهب إلى القول بعدم صحة وقف المشاع لأن القبض عنده شرط لتمام الوقف و الشيوع يخل بالقبض .

2 - رأي الإمام أبي يوسف : أقر الإمام أبي يوسف بصحة الوقف المشاع الذي يقبل القسمة معتمدا في رأيه على قاعدة فقهية في الوقف التي تتضمن عدم اشتراط القبض لتمام الوقف و استدل في ذلك

بما روي عن الصحابي الجليل عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ملك مائة سهم بخيبر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ((احبس أصلها))، وهو ما يدل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف .

موقف الجمهور – المالكية و الشافعية و الحنابلة - : يأخذون بصحة وقف المشاع تأصيلا على عدم اشتراط قبض الموقوف لتمام الوقف مستنديين في ذلك على ما أخرجه البخاري في صحيحه (إذا أوقفت جماعة أرضا مشاعا وهذا جائز ، حيث يقول حدثنا عبد الوارث عن أبي التياح عن بني النجار ثمنوني بحائطكم هذا . قالوا لا والله لا نطلب ثمنه إلا إلى الله) . هذا ما يتبين من الحديث الشريف على جواز صحة وقف المشاع بأن بني النجار قد تصدقوا بالأرض لله عز وجل وأن النبي قد قبل ذلك منهم ولم يكن البستان مفرزا- لأن الحائط في الحديث الشريف كان يقصد به البستان - ولو كان الوقف غير جائز لأنكره النبي صلى الله عليه وسلم و يضيفون بأنه لما كان الوقف هو تحبيس للعين و تسبيل للمنفعة ، فيحصل ذلك من المال المشاع كما يحصل من المال المفرز .

في هذا المجال صدر قرار قضائي عن المحكمة العليا يقضي بجواز حبس المال على الشيوع مفاده : ((من المقرر شرعا وقانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف ، وإلا لما جاز له أن يحبسه وأن يكون معيننا – غير مجهول – و خاليا من كل نزاع ولو كان هذا المال في الشيع ، و من ثم فإن عقد الحبس الذي شمل مال المحبس مع مال أخيه – في قضية الحال – لا يكون باطلا إلا بالنسبة لأخ المحبس المدعو (س)، لكنه صحيحا بالنسبة للمال المملوك له (...))

الركن الثالث : صيغة الوقف

بناء على نص المادة 09 من قانون الأوقاف رقم 10/91 تكون الصيغة هي الركن الثالث في الوقف و بدونها يبطل الوقف حسب ما أكدته نص المادة 218 من قانون الأسرة الجزائري .

و تكمن صيغة الوقف في الإيجاب الذي يصدر من الواقف دالا على إرادته و رغبته لفظا كان كعبارة الوقف ، الحبس ، الصدقة ، أو فعلا أو إشارة مما يدل على حبس العين و التصديق بالغلة و الثمار . أما الفعل فيشترط فيه جريان العرف بإنشاء الوقف به كالإذن بالصلاة في وقف المسجد ، أو

الدفن في المقبرة و الشرب من الساقية ، أما الإشارة فلا يشترط فيها إلا كونها صادرة من غير القادر على الكلام كالأخرس .

وقد اتفق الفقهاء على أن الوقف من التصرفات التي توجد بإرادة واحدة و يكفي في تحققها صدور إيجاب من الواقف ، أما القبول من الموقوف عليهم فليس بركن كما أنه ليس شرطا في صحته ولا في الاستحقاق إذا كان الموقوف عليه غير معين .

غير أنهم اختلفوا فيما إذا كان الموقوف عليه معيناً ، منهم من جعله شرطا و منهم من لم يشترطه ، فالمالكية اشترطوا لصحة الوقف و استحقاقه القبول من الموقوف عليه المعين إذ كان أهلا له أو من وصي أو قيم عليه إن لم يكن أهلا ، فإن قبله صح و ثبت الاستحقاق و إن رده بطل في حقه و انتقل الحق للفقراء و المساكين.

أما الحنابلة فيشترطون القبول الصريح للإستحقاق ، فإن لم يقبل فلا يستحق شيئا و إن رده بطل حقه ، كذلك الأمر في حالة السكوت ، معتبرين الوقف تبرعا أشبه بالهبة و الوصية على اعتبار أنه لا يثبت الملك فيهما للمعين إلا بالقبول فكذلك الوقف .

في حين الشافعية و الحنفية ذهبوا إلى أنه ليس بشرط لا في صحة الوقف و لا في الاستحقاق فيصح متى صدرت الصيغة صحيحة و يستحق الموقوف عليه الثمار و الغلة إن صدر منه قبول ، و إن لم يصدر منه قبول و قام برده ، يبطل استحقاقه و ينتقل الحق إلى من يليه متى كان أهلا للرد .

بعدها تعرضنا لموقف الفقه من القبول ، لابد و تبعا لذلك أن نبين موقف المشرع الجزائري من القبول في مسألة الوقف ، حيث نجد بأن المشرع و بموجب المادة 2/13 من قانون الأوقاف 10/91 قبل تعديلها كان يشترط القبول في الموقوف عليه إذا كان معيناً لإستحقاقه الوقف . لكن سرعان ما عدل المشرع عن هذا الموقف بعدما قام بتعديل نص المادة 13 و ذلك بموجب المادة 05 من القانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 و التي اكتفى فيها بتعريف الموقوف عليه معترفا له بالشخصية

المعنوية ، حيث جاء نص المادة كالتالي ((الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية)) .

و حتى يكتمل ركن الصيغة في الوقف لابد من توافر جملة من الشروط هي :

أن تكون جازمة ومنجزة ، أن تكون مؤبدة، أن تكون محددة المصرف و أن لا يكون في صيغة الوقف شرط يؤثر في أصل الوقف و ينافي مقتضاه ، نرد هذه الشروط تبعا

الشرط الأول : الجزم في الصيغة

يشترط فقهاء الحنفية في الصيغة أن تكون جازمة ،عكس الجزم هو الوعد أو التسويف ذلك أن الوقف لا ينعقد بالوعد، كما لو قال شخص سأقف أرضي على الفقراء و المساكين أو على ذريتي ، فمثل هذه الصيغة لا يعتد بها و ليست نافذة ، لأنها تضمنت معنى الوعد، بل يجب أن تكون صيغة الوقف بالألفاظ الدالة على الجزم و القطع و عدم التردد.

الشرط الثاني : الإنجاز في الصيغة

شرط الإنجاز في صيغة الوقف يتطلب عدم تعليق الوقف على أمر آخر كأن يقول الواقف ((لقد قررت وقف أرضي على فلان في حالة ما إذا أتت هذه السنة بمحصول زراعي وافر)) ، نفس الحكم ينطبق على الشرط المتعذر الحصول كأن يكون غير موجود في حينه .

ذلك أن الحكمة من اشتراط الإنجاز هي أن الوقف فيه معنى تمليك المنافع و الغلة، كما أن التعليق ابتداء في الوقف ينافي مقتضى الوقف الذي هو التأييد ، هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (الحنفية ، الشافعية ، الحنابلة) . لكنهم استثنوا الوقف المعلق على الموت و اعتبروه صحيحا لأنه بمثابة الوصية اللازمة إذا لم تخرج العين الموقوفة من ملك الواقف أثناء حياته فيمكنه التصرف بها وله أن يرجع عن الوقف قبل موته كسائر الوصايا ، كما يصبح الوقف نافذا بعد موته .

أما المالكية فذهبوا إلى القول بغير ذلك ولم يشترطوا الإنجاز في صيغة الوقف بل يجيزون الصيغة المعلقة إذا كانت لأجل محدد ، بحيث إذا تحقق الشرط فإن الواقف يكون ملزما بتنفيذ وقفه وإذا كان الوقف مطلقا غير معلق على شرط فإنه بذلك يكون منجزا .

الشرط الثالث : التأييد في الصيغة

تعتبر مسألة التأييد في صيغة الوقف محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية ، فمنهم من لم يشترط مثل هذا الشرط وأجازوا بذلك الوقف المؤقت منهم فقهاء المذهب المالكي مقرين بإمكانية عودة العين الموقوفة للواقف الذي له حرية التصرف فيها .

أما جمهور الفقهاء (الحنفية ، الشافعية ، الحنابلة) يشترطون التأييد وهو الحكم نفسه الذي تبناه المشرع الجزائري حسب نص المادة 28 من قانون الأوقاف رقم 10/91 التي

تقضي : ((يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن)) ، ويستدل الجمهور في ذلك أن الوقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، هو ما يفيد معنى التأييد لأنه لو جاز الوقف المؤقت لجاز بيعه أو هبته هذا من جهة كما أن الوقف يقتضي إسقاط الملك وخروجه من ملكية الواقف من جهة أخرى ، يضاف إلى هذه الأدلة دليل آخر وهو أن الوقف جرى مجرى الهبات فليس في الهبات رجوع ومنه يتأكد التأييد في الوقف.

بعد عرض هذه الشروط هناك تساؤلان قد يثاران في هذا المجال : الأول يتعلق بحكم الشروط التي قد يضعها الواقف وتتعارض مع الغاية والهدف من إنشاء الوقف ، أما التساؤل الثاني يخص الشروط التي يضعها الواقف الغرض منها تنظيم كيفية استحقاق الموقوف عليهم الوقف وتوزيع ريعه وغلته وكذا طرق إدارته واستغلاله .

موقف الفقهاء من التساؤل الأول

لقد تطرق فقهاء المذاهب الأربعة إلى حكم الشروط التي يضعها الواقف تتنافى ومقتضى الوقف ، و نحاول من خلال هذه النقطة أن نتعرض إلى تبيان موقف كل مذهب على حدا :

1 - الحنفية : يرى الحنفية أن أي شرط يتنافى وأصل الوقف فإنه يؤدي إلى إبطال الوقف وعدم انعقاده من بين هذه الشروط :

- كل شرط يتعارض مع لزوم الوقف وتأييده يؤدي ذلك إلى بطلان الوقف ، كأن يشترط الواقف عند إنشاء الوقف أن يكون له حق بيعه أو هبته أو يعود الموقوف إلى ورثته بعد موته أو يصير ملكا لهم عند احتياجهم إليه ، ويكون حكم الوقف في مثل هذه الشروط هو البطلان كما سبق الذكر ، ذلك أن الصيغة إذا ما اقترنت بمثل هذه الشروط تصبح غير منسئة له .

هذا عندما يكون الوقف على غير المسجد ، أما بالنسبة للمسجد نجد هناك اتفاقا قائما عند الحنفية على إبطال الشروط والإقرار بصحة الوقف.

- إذا اشترط الواقف الخيار لنفسه ثلاثة أيام كان يقول مثلا وقفت داري على أني بالخيار ثلاثة أيام ، مثل هذا الشرط كان محل تباين لأراء فقهاء الحنفية ، إلا أن القاسم المشترك بينهم هو بطلان كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافي مقتضيات الوقف .

2 - المالكية : يجيزون للواقف اشتراط أي شرط جائز استدلالا بالحديث الشريف

(المسلمون على شروطهم)) وإن اشترط الواقف شروطا غير جائزة فلا يعتد بها كأن يشترط بأن له حق بيعه أو هبته في أي وقت يشاء لأن ذلك يتنافى ولزوم الوقف .

3 - الشافعية : الأصل عند الشافعية أن شروط الواقف يجب التقيد بها ما لم يكن فيها ما ينافي

مقتضى الوقف . فإن لم تتناف مع أصل الوقف وكانت لمصلحته وجب إتباعها وأما الشروط التي

تتنافى وأصل الوقف فإنها تبطل الوقف ، لأن الشروط المنافية للعقود تكون مبطله لها إذا ما اقترنت بها وتأخذ حكم الشروط المبطله لسائر العقود .

4 - الحنابلة: يتفقون مع الحنفية و المالكية و الشافعية بأن الشروط غير جائزة كأن يشترط

الواقف بيع محل الوقف متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه و يذهبون إلى إبطال الوقف و الشرط معا .

بعدها عرضنا موقف الفقه لا يفوتنا في هذه النقطة أن نشير إلى موقف المشرع الجزائري و هذا من

خلال ما اقره بموجب المادة 29 من قانون الأوقاف التي تنص : ((لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا

على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط و صح الوقف)) . ما يستشف من

هذا النص بأنه كل شرط يخل بأصل الوقف أو بحكمه يعد باطلا ، لأنها شروط ضارة بمحل الوقف ،

و مثل هذه الشروط عند الإمام أبي حنيفة - كما سبق بيانه - شروط باطلة يبطل معها الوقف

باستثناء حالة وقف المسجد .

ورغم ذلك نقول بأن الصياغة التي جاءت بها المادة 29 المذكورة أعلاه صياغة ركيكة أدت إلى الإخلال

بالمعنى الصحيح لمدلول النص، حيث أن الشرط الباطل و حسب فقهاء المذهب الحنفي و هو المذهب

المعتمد و الذي تبناه المشرع في الوقف يؤدي تحققه إلى بطلان الوقف. في حين نجد أن المشرع يقر

بصحة الوقف مع بطلان الشرط ، لا سيما و أن المنطق يقضي بأن ما بني على باطل فهو باطل، كما

أن المشرع و في بداية النص سلم بعدم صحة الوقف إذا وقع هذا الشرط المتعارض مع أحكام

الشريعة ، غير أنه في نهاية النص أقرب بصحة الوقف و هذا دليل آخر على تناقض الأحكام ضمن ذات

النص.

كما نجد أن نص المادة 29 ورد ضمن أحكام الفصل الخامس من قانون الأوقاف تحت عنوان

مبطلات الوقف ، هذا ما يؤكد على أن الشرط الباطل تحققه يؤدي إلى بطلان الوقف و ليس إلى

صحته كما هو الشأن بالنسبة لبقية المطلات الأخرى للوقف و الواردة ضمن أحكام المواد من 27 إلى

32 تحت عنوان : مبطلات الوقف و هي : الوقف المخالف لأحكام قانون الوقف المحدد بزمن ، وقف

الصبي ، وقف المجنون و المعتوه باستثناء صاحب الجنون المتقطع إذا وقع أثناء إفاقته ، و أخيرا

الوقف الذي يحصل من مريض بمرض موت إذا كان الدين يستغرق جميع أملاكه . و تجدر الإشارة إلى

أن المشرع لم يتطرق إلى الشرط الفاسد وتبيان أثره على الوقف، لأن الشرط الفاسد يتقرر بشأنه صحة الوقف وبطلان الشرط .

لذلك نرى من الضروري تعديل نص المادة 29 المشار إليه أعلاه على نحو يفيد بأنه إذا تحقق الشرط الباطل و المتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية يؤدي ذلك إلى بطلان الوقف .

موقف الفقهاء من التساؤل الثاني

إذا ما اشترط الواقف شروط غير مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية كالشروط المتعلقة بإدارة المال الموقوف ، أو ما تعلق بمقدار الوقف وكيفية استحقاقه وتنظيمه ، يحق له ذلك. وإذا حدث وأن كانت شروط الواقف ضارة بالوقف أو بالمال التي هي العين الموقوفة أو كانت الشروط ضارة بمصلحة الموقوف عليهم ، كانت هذه الشروط باطلة .

ولقد عمل فقهاء الحنفية على تصنيف و جمع هذه الشروط على اعتبار أنها شروط اعتاد أكثر الواقفين على اشتراطها في صيغة أوقافهم ، وفي الواقع هي شروط صحيحة لا تخل بأصل الوقف ولا تخالف نصوص الشريعة الإسلامية، عرفت عندهم بالشروط العشرة وهي : الزيادة والنقصان ، الإعطاء والحرمان ، الإدخال والإخراج ، التغيير والتبديل الإبدال و الاستبدال .

تتعلق الشروط الثمانية الأولى بمصارف الوقف، في حين يتعلق الشرطين الآخرين بالعين الموقوفة يأتي بيانها حسب ما يلي.

* الزيادة والنقصان: المراد بالزيادة ، أن يزيد الواقف من نصيب أحد المستحقين في الوقف و عكس الزيادة النقصان الذي يراد به أن ينقص الواقف من استحقاق أحد الموقوفين عليهم ، فإن أجرى الواقف تعديلا على الوقفية زيادة أو نقصانا فلا يحق له أن يجري ذلك مرة أخرى ، إلا إذا اشترط لنفسه حق التعديل ما دام على قيد الحياة حينئذ يحق له إجراء تعديل تلوى الآخر .

* الإعطاء والحرمان: الإعطاء هو أن يعطي الواقف بعض المستحقين الغلة كلها أو

بعضها ولمدة معينة ، والحرمان هو منع الغلة كلها أو بعضها عن بعض المستحقين . ولا يكون الإعطاء إلا لأهل الوقف فلو قال الواقف أريد أن أعطي الغلة لغير أهل الوقف كان قوله باطلا . هذا ويحق للناظر أن يتولى موضوع الإعطاء والحرمان إذا كان مشروطا له بذلك ، بحيث يقوم الناظر مقام الواقف في هذه المسألة .

* الإدخال والإخراج: المراد بالإدخال أن يسجل الواقف في وقفه شخصا ليس مستحقا للوقف فيصبح من المستحقين له ، أما الإخراج فالمراد به أن يلغى الواقف اسم شخص كان من المستحقين للوقف وأصبح غير مستحق وللواقف الصلاحية المطلقة في الإدخال والإخراج إذا شرط لنفسه ذلك حين إنشاء الوقف.

* الإبدال والاستبدال: المقصود بالإبدال هو إخراج العين الموقوفة مقابل عين أخرى أو مبلغ نقدي شريطة أن لا تضر بحق الموقوف عليهم، أما الاستبدال هو شراء عين أخرى تكون وقفا بالبدل الذي بيعت به عين الوقف. ويلاحظ أن هذين اللفظين متلازمان لأنه إذا خرجت العين من الوقف بالبيع يجب أن تحل محلها عين أخرى .

* التغيير والتبديل : اعتبر بعض العلماء أن التغيير والتبديل شيء واحد فكلا اللفظين يؤديان نفس المعنى ، فالتغيير هو حق الواقف في تغيير الشروط التي اشترطها في الوقف. أما التبديل فهو حق الواقف في تبديل طريق الانتفاع بالموقوف فلو كان الموقوف بيتا للسكن على سبيل المثال فللواقف الحق في تبديل طريقة الانتفاع من السكن إلى دكان مثلا وغير ذلك من طرق الانتفاع المشروعة .

الركن الرابع : الموقوف عليه

هي الجهة التي ترصد لها العين الموقوفة للانتفاع بها ، وقد يكون الموقوف عليه هو الواقف نفسه الذي يأخذ حكم الوقف على النفس ، ولكي يتحقق هذا الركن في الوقف ينبغي توافر جملة من الشروط هي :

- 1 - أن يمثل الموقوف عليه جهة بر أو قرية .
- 2 - أن تكون الجهة الموقوف عليها مستمرة غير منقطعة .
- 3 - أن يكون على جهة يصح التملك لها معلومة سواء كانت شخصا طبيعيا أو معنويا .

1 - أن يمثل الموقوف عليه جهة بر أو قرية : الأصل في مشروعية الوقف أن يكون صدقة جارية مستمرة يتقرب بها المسلم إلى الله عز وجل ، تنفق على أوجه البر والإحسان . إلا أن التطبيق العملي للوقف لم يقتصر التصرف فيه على جهات البر المحض كما ثبت عن بعض التابعين لمصلحة الأغنياء و هم ليسوا من أهل الموقوف عليهم وترتب على ذلك خلاف بين الفقهاء في اشتراط كون الموقوف عليه جهة بر وقرية أو يكفي انتفاء المعصية فيه ، لأن الأصل في مشروعية الوقف هو البر و القرية لأن الواقف يريد ابتغاء الثواب من الله عز وجل هذا ما ذهب إليه فقهاء المذهب الشافعي والحنبلي .

في حين أنصار المذهب المالكي لا يشترطون في الموقوف عليه أن يكون جهة بر وقرية ولا يكون في معصية ، بينما فقهاء المذهب الحنفي حصروا الشرط في البر و القرية فقط و هو الموقوف نفسه الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة 03 من قانون الأوقاف التي تنص : ((الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير)).

و دائما حسب المذهب الحنفي لوثبت وقف على أغنياء وحدهم ، فإنه لا يجوز ، لأنه ليس بقرية عندهم باستثناء ما إذا جعل آخره للفقراء فإنه يكون قرية في الجملة .

و القرية لدى المذهب الحنفي تتحقق بأمرين :

* - أن يكون قربة في نظر الشريعة الإسلامية .

* - أن يكون قربة في نظر الواقف نفسه.

2 - أن تكون الجهة الموقوف عليها مستمرة غير منقطعة : يشترط في الموقوف عليه أن يكون مستمرا الوجود غير منقطع لينسجم ذلك مع كون الوقف مؤبدا ، وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على صحة الوقف إذا كان معلوما ابتداء و كان الانتهاء مستمرا غير منقطع كأن يكون الوقف على معين زيد مثلا ثم على ذريته من بعده ثم على الفقراء والمساكين

وكذا طلاب العلم على اعتبار أن الفئات الأخيرة هي غير منقطعة، بينما اختلفوا في حالة ما إذا كان الوقف معلوما انتهاء ثم توقف بانقراض الموقوف عليه وهو الشخص المعلوم ولم يجعل آخره للمساكين والفقراء ، و عليه سوف نتطرق إلى هذا الإختلاف حسب المذاهب الفقهية الأربعة .

المذهب الحنفي:

لقد كانت مسألة استمرارية الجهة الموقوف عليها وعدم انقطاعها محل اختلاف فقهي بين فقهاء هذا المذهب ، منطلق هذا الاختلاف يرجع إلى اشتراط التأييد أو عدم اشتراطه ، تمخض عن ذلك وجود موقفين:

- موقف أبي حنيفة ومحمد : يشترط في الوقف الديمومة والإستمرارية ، بالإضافة إلى ضرورة النص عليه في صيغة الوقف ، حيث يكون آخر الوقف جهة لا تنقطع أبدا كالفقراء
- موقف أبي يوسف : لا يشترط هذا الفقيه ضرورة النص على شرط التأييد في صيغة الوقف ، و يرى أنه إذا سعى الواقف في وقفه جهة تنقطع جاز بعدها الوقف للفقراء حتى ولو لم يذكرهم الواقف في وقفه ، ذلك أن الوقف في هذه الحالة ينتقل تلقائيا و حسبه أن لفظ الموقوف يفيد التأييد دون النص عليه .

المذهب المالكي:

يرى أنصار هذا المذهب الفقهي أن الوقف يقع صحيحا إذا كان منقطعا ، انطلاقا من جواز الوقف المؤقت عندهم، ويكون الوقف بحسب وجهة نظرهم صحيحا سواء كان مؤبدا أو مؤقتا.

المذهب الشافعي: يقر فقهاء المذهب الشافعي بأن الوقف إذا كان منقطعا لا يصح و اشترطوا

استمراريته و عدم انقطاعه ليكون صحيحا .

المذهب الحنبلي:

أما فقهاء المذهب الحنبلي يأخذون بجواز صحة الوقف إذا كان منقطعا غير مستمر ولم يجعل آخره للمساكين ، ولا يقرون ببطلان الوقف في حالة انقطاع الجهة الموقوف عليها على أن يوجه مصرف الوقف على النحو الآتي :

- إذا انقطعت الجهة الموقوف عليها و كان الواقف لا يزال على قيد الحياة ، فإن الموقوف يرجع إلى الواقف إما وقفا عليه أو يرجع ملكا له .
 - أما إذا حدث و عن انقطعت الجهة الموقوف عليها و كان الواقف متوفيا صرف الوقف إلى من يأتي بعده إن كان منصوصا عليه ، أو يصرف إلى المساكين و يتولى ولي الأمر تحديد الجهة على ضوء الحاجة أو المصلحة، أو يسلم إلى بيت المال ليصرف على المسلمين .
- فإذا كان موقف الفقه متباين و مختلف حول شرط استمرارية الجهة الموقوف عليها ، فيا ترى ما هو موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط ؟ .

لقد عرف المشرع الجزائري الوقف بموجب المادة 03 من قانون الأوقاف على أنه ((حبس للعين

على وجه التأييد))، مما يدل و بطريقة ضمنية على أنه يشترط في الموقوف عليه أن يكون جهة

مستمرة الوجود بمعنى غير منقطعة و إلا كيف يمكن أن يكون الوقف مؤبدا، لذلك وجب أن يكون

الموقوف عليه معلوما ابتداء وانتهاء، هذا ما كرسه المشرع من خلال نص المادة 06 من قانون 10/91 في الفقرة الأخيرة: ((الوقف الخاص وهو ما يحبسها الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم)). كما نص المشرع بموجب المادة 08 من قانون الأوقاف 10/91 على إلحاق الأوقاف الخاصة بالأوقاف العامة إذا لم تعرف الجهة المحبس عليها، وهي الحالة السابعة التي كرسها النص المشار إليه، ضمانا لتحقيق شرط الاستمرارية في الجهة الموقوف عليها بنصها: ((الأوقاف العامة المصونة هي: ...7 - الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها)).

يضاف إلى شرط الإستمرارية في الجهة الموقوف عليها أن تكون جهة معلومة، فإذا كانت الجهة المعلومة متمثلة في شخص طبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية حسب ما تقضي به المادة 02/13 من قانون الأوقاف .

الفرع الثاني: شروط نفاذ الوقف

بعد أن تتحقق هذه الأركان ينشأ الوقف، وتبعاً لذلك يترتب حق انتفاع دائم، إما لفائدة أشخاص طبيعيين يحدددهم الواقف كما هو الحال بالنسبة للوقف الأهلي، أو يكون هذا الحق - أي حق الانتفاع الدائم - لفائدة أشخاص معنوية عندما يكون الوقف الذي أنشأه الواقف في صورة وقف عام .

تبقى أركان الوقف لوحدها غير كافية، بل لابد من توافر شروط النفاذ حتى يسري في حق الغير، تتعلق هذه الشروط بإجراء التسجيل والشهر إذا ما انصب الوقف على عقارها ما دفعنا إلى تخصيص النقطة الأولى من هذا الفرع لدراسة شرط التسجيل، بينما تكون النقطة الثانية متعلقة بإجراء الشهر.

أولاً: تسجيل عقد الوقف

تنص المادة 41 من قانون الأوقاف على ضرورة تحرير عقد الوقف في شكل رسمي لدى الموثق و تسجيله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ، ذلك أن كل التصرفات التي يبرمها الموثق و يكون محلها عقار يبادر هذا الأخير بتسجيلها أمام مفتشيات التسجيل المختصة إقليميا و غالبا ما يلزم الزبون بتسديد حقوق التسجيل هي في حد ذاتها مختلفة ، بحيث هناك حقوق تسجيل خاصة بعقود ثابتة تخضع لرسوم ثابتة، و هناك حقوق تسجيل خاصة بالعقود النسبية نظرا لإختلاف نسب هذه الرسوم كالرسوم الواجبة في عقد البيع أو الهبة أو المبادلة .

و عليه إذا ما قام الموثق بإبرام تصرف في شكل وقف يكون محله عقار، يجب أن يقوم بتسجيله أمام مفتشيات التسجيل المختصة إقليميا ، و لا يعفى من رسوم التسجيل إلا ما تعلق بالوقف العام حسب ما تقضي به المادة 44 من قانون الأوقاف 10/91 بنصها :

((تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال البر و الخير)).

و لعل المشرع الجزائري كان صائبا إلى حد ما عندما أقر بإعفاء الأوقاف العامة من جميع الرسوم تشجيعا لهذا النوع من الوقف ، باعتباره يساهم و بشكل فعال في تحقيق الاستثمارات و ليس باعتباره عملا من أعمال البر ، لأنه حتى الأوقاف الخاصة في الأصل ما وجدت إلا لكونها هي الأخرى عملا من أعمال البر.

من خلال ما سبق عرضه نستنتج أن عملية التسجيل مرهونة بدفع رسوم التسجيل ، إذا ما تعلق الأمر بالوقف الخاص ، في حين تعفى الأوقاف العامة من دفع الرسوم أو بالأحرى يكون التسجيل

من غير رسوم . لذلك نرى من الضروري تعديل نص المادة 44 من قانون الأوقاف و المشار إليها أعلاه و ذلك بحذف الفقرة الأخيرة لتصبح صياغة النص كالتالي :

((تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى)).

و تجدر الإشارة إلى أن الإعفاء من دفع رسوم التسجيل الخاصة بالأملاك الوقفية العامة تشمل العقارات المبنية ، وكذا العقارات غير المبنية.

و بمفهوم المخالفة للنص المشار إليه أعلاه ، فإن الأوقاف الخاصة لا يعنىها هذا الإعفاء خلال المدة التي تكون فيها هذه الأوقاف محتفظة بهذه الصفة ، لكن متى تحولت هذه الأوقاف من وقف خاص إلى وقف عام تصبح غير خاضعة للضريبة .

و الجدير بالذكر أنه في حالة عدم مراعاة إجراء التسجيل ، فإن عقد الوقف المتعلق بالعقاري يكون محلا لرفض الإيداع من طرف المحافظ العقاري ، وهي الحالة الرابعة المنصوص عنها في المادة 100 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 و المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

ثانيا : شهر عقد الوقف

حق المستحق في الوقف هو حق انتفاع بعين الوقف ، وهو بذلك حق عيني لا حقا شخصيا ، على الرغم من أنه قد يكون معلقا على شرط أو محتمل الحصول أو غير أكيد ولكنه يبقى مع ذلك حقا عينا . وعليه فما دام أن هذا الحق هو حق عيني محله عقار ، فلا يرتب أثره بالنسبة للغير ، إلا من تاريخ شهر التصرف لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا هذا ما يؤكد نص المادة 15 من الأمر رقم 74 /75 المتضمن إعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري التي تنص :

((كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم

إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من

يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية)) ، يضاف إلى هذا النص نص المادة 16 من نفس الأمر التي تقضي: ((إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني ، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية)). هذا ما يتطلب من الموثق أثناء إبرام مثل هذه التصرفات تسجيلها لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ، بناء على ما تقضي به المادة 41 من قانون الأوقاف ((يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري)).

ولعل أهمية شهر تصرفات بصفة عامة وشهر الوقف بصفة خاصة ، تظهر في حماية المال الوقفي من التعدي الذي يمكن أن يصدر من الغير ، كما تجدر الإشارة هنا إلى أن الوقف يشهر بإسم الوقف ما دام أن هذا الأخير يتمتع بالشخصية المعنوية وليس بإسم الموقوف عليهم مثلا تطبيقا لنص المادة 49 من القانون المدني ، التي تعترف للوقف بالشخصية المعنوية

حيث تنص : ((الأشخاص الاعتبارية :

- الدولة ، الولاية ، البلدية
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري
- الشركات المدنية والتجارية
- الجمعيات والمؤسسات
- الوقف
- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية قانونية)).

يضاف إلى هذه النص المادة 05 من قانون الأوقاف رقم 10/91 التي هي الأخرى تعترف بالشخصية

المعنوية للوقف ، بحيث تقضي بأن الوقف : ((الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا

الاعتباريين ، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها)) .

هذا ما هو ثابت عمليا حيث يقيد الوقف ويشهر باسمه باعتباره شخصا معنويا وينشأ تبعاً

لذلك دفتر عقاري محرر بإسم الوقف .

الفرع الثالث: تكييف الوقف بين الإيقاع والعقد

من خلال الفرع الأول عرفنا بأن للوقف أركاناً يقوم عليها حددتها المادة 09 من قانون الأوقاف و

هي : الواقف ، محل الوقف ، صيغة الوقف ، الموقوف عليه ، لكن إذا ما حدث وأن تحققت هذه

الأركان فهل نقول بأن هناك وقفاً قد وقع بإرادة الواقف أم أن هناك عقداً أدى إلى نشوء وقف ؟

لذلك نرى من الضروري أن نفصل في هذه المسألة سواء كان ذلك من الجانب الفقهي ، أو من

الجانب القانوني قبل أن نناقش بقية الأسباب التي تؤدي إلى كسب وانتقال حق الانتفاع المترتب على

الملك الوقفي .

من الجانب الفقهي : نجد هناك خلافاً حول ما إذا كان الوقف يتم بالإيقاع أي من طرف واحد

بصدور إيجاب فقط ، أم أن الوقف بحاجة إلى عقد يتحقق بتوافر الإيجاب والقبول ، مع العلم

أن مرد الخلاف يرجع إلى نوع الوقف في حد ذاته هذا ما سوف نتعرض له من خلال النقطتين

التاليتين .

أولاً: إنشاء الوقف على جهات عامة

تتفق المذاهب الفقهية الأربعة على أن الوقف إذا كان على جهة غير محصورة أي غير محددة ولا معينة كالفقراء والمساكين مثلاً ، فإن الوقف ينشأ بالإيقاع وليس بالعقد ويكفي في إنشاءه العبارات الدالة على الإلتزام من جانب واحد ، ولا يحتاج لتمامه ولزومه صدور قبول من جانب الموقوف عليه ولا حتى من الناظرين والمشرفين على الوقف .

ثانياً: إنشاء الوقف على جهات خاصة ومعينة

حول هذه المسألة تباينت آراء الفقهاء حسب الآتي :

1 – رأي الحنفية :

الوقف عند الحنفية يجيز استحقاق الغلة ، وإذا اعتذر الموقوف عليه على قبول الوقف ، فإن الوقف لا يلغى بل يصرف الوقف لصالح الفقراء ، لأن الفقراء يمثلون الجهة العامة ولا حاجة لصدور قبول منهم ، كما أنه متى قبل الوقف ليس للموقوف عليه رده بعد ذلك ، أما من رده أول الأمر فليس له قبول بعده .

وعليه يفهم من خلال هذا الموقف أن الوقف عند الحنفية هو إيقاع وليس عقد ، لكن يبقى الموقوف عليه بحاجة إلى قبول يصدر منه لكي يستحق غلة الوقف ، وفي حالة رده للوقف فإن الوقف لا يبطل ولا يلغى بل تصرف الغلة إلى الجهة التي تليه وهكذا .

2 – رأي المالكية :

يذهب فقهاء المالكية إلى أن الوقف على معين هو إيقاع وليس عقد ، بينما القبول هو شرط لإستحقاق الغلة ، فإن قبله الموقوف عليه استحق الغلة وإن لم يقبله فإن الغلة تنتقل إلى الجهة

التي تليه إذا كان قد ذكر ذلك من قبل ، أو يعود الوقف إلى الواقف بعد موت الموقوف عليه إذا كان قد اشترط ذلك لأن المالكية لا يشترطون التأييد في الوقف .

3 - رأي الشافعية :

للشافعية رأيان في المسألة:

الرأي الأول : الوقف على معين هو صحيح يتم بالإيقاع وإذا رده المستفيد الأول فإن ريع

الوقف ينتقل إلى الجهة التي بعده .

الرأي الثاني : الوقف على معين بحاجة إلى توافق الإرادتين من إيجاب وقبول ، فإذا لم يوافق

المستفيد الأول على الوقف ينقطع ابتداءً و عليه فإن المنقطع الأول يلغي الوقف ويعود هذا الأخير بعد ذلك إلى الواقف أو إلى ذريته ، ولا ينتقل إلى الجهة التي تلي الجهة الأولى ويعتبر الوقف باطلا لعدم إمكانية الصرف إليه في الحال .

4 - رأي الحنابلة : اختلف الحنابلة فيما بينهم حول الوقف على آدمي معين ، فمنهم من يقول بأنه

عقد لا يتم إلا بالقبول قياساً على الهبة والوصية ، ومنهم من يقول أنه إيقاع لا يحتاج إلى قبول من الطرف الآخر ، بل يتم بإرادة الواقف المنفردة .

ويرد أصحاب الرأي الثاني على أنصار الرأي الأول ، بأن قياس الوقف على الهبة والوصية ، قياس

خاطئ لأن الهبة والوصية لا يمنع البيع فيهما ، في حين نجد أن البيع محذور في الوقف .

فبعد ما تعرض لموقف الفقه لا يفوتنا في هذا المجال أن نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري :

هذا الموقف يظهر من خلال نص المادة 04 من قانون الأوقاف 10/91 :

((الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة)) ، حيث يرى المشرع أن الوقف يتم بموجب عقد حسب صياغة النص التي وردت باللغة العربية ، إذ هذه الصياغة لا تتركس ذات المفهوم أو المعنى الوارد في النص الفرنسي الذي يعرف الوقف على أساس أنه تصرف

((le wakf est un acte par lequel une volonté individuelles s'engage à faire une donation)) .

كما يلاحظ أيضا أن هناك غموضا يكتنف نص المادة 04 المشار إليها أعلاه في صياغتها باللغة ، و لعل التعبير السليم لهذا النص كان ينبغي أن يرد كالتالي :

((الوقف هو تصرف تلتزم بمقتضاه الإرادة المنفردة على القيام بالتبرع)) .

بعد عرض هذا النص نستطيع القول أن الوقف هو تصرف وليس بعقد يصدر من جانب واحد في شكل إيجاب ملزم حسب ما تقضي به المادة 56 من القانون المدني، لا يتوقف هذا الإيجاب على تحقق أو وجود قبول لسبب واحد ، هو أن المشرع لا يشترط القبول في الوقف إلا إذا كان الموقوف عليه شخصا طبيعيا، كما أن عدم القبول لا ينجم عنه بطلان الوقف وإنما يتحول من وقف خاص إلى وقف عام. بالإضافة إلى أنه يوجد هناك دليل آخر يفيد بأن الوقف هو إيقاع يتحقق بتصرف قانوني ، وذلك عندما اعترف المشرع بجواز الوقف على النفس بموجب المادة 04 من القانون رقم 10/02 المعدل لقانون الأوقاف.

ومنه نستنتج بأن الوقف على معين هو إيقاع وليس عقد لأنه تصرف من جهة واحدة يمثلها الواقف وهو بذلك يؤخذ حكم الوصية في هذا الشأن و يبقى القبول يتعلق بالاستحقاق فقط بهدف تمليك الغلة وليس إنشاء الوقف.

كما يلاحظ أن الأخذ برأي الإيقاع فيه تيسير و تسهيل على الواقفين و تشجيع لهم على العكس من ذلك فيما لو كان الوقف عقد ، لأنه يؤدي إلى تعقيد و تعطيل لحالات كثيرة في الوقف كما أنه من

المعلوم بداهة أن الخير لا يحتاج إلى مشورة ولا إلى موافقة و الوقف هو أهم رموز الخير و البرو
الإحسان ، فلا يجوز أن يتعطل الوقف أو يكون تحت رحمة الموقوف عليه لنتظر قبوله و في حالة رده
أو اعتذاره للوقف يبقى الوقف قائما و مستمرا.

و بهذا الشكل يكون الوقف سواء على معين أو على غير معين إيقاعا و ليس عقدا و في ذلك توسيع
لدائرة الوقف، على أن يكون القبول هو شرط لاستحقاق الوقف لا لإنشائه

الفرع الرابع : مضمون حق الموقوف عليهم في الانتفاع بالوقف

يكون الموقوف عليهم في الوقف أشخاصا معنوية و هو ما يعرف بالوقف العام
أو أشخاصا طبيعيين بالنسبة للوقف الخاص ، ينتفعون بالموقوف وفقا لطبيعة الأعيان الجاري عليها
الوقف و حسب اشتراطات الواقف .

و لعل المنفعة التي تعطيها العين الموقوفة هي موضوع الصدقة التي يتصدق بها الواقف
و قد يكون هناك مال لا ريع له فيكون الانتفاع به باستعماله وفقا للعرف و الغاية التي أعد لها .
و إذا نص الواقف على طريقة معينة للانتفاع بالوقف و جب العمل بنصه إذا كان شرطه
لا يخالف الشرع و القانون .

غير أن وقت استحقاق المستحق للغلة يكون وقت وجودها ، فإذا كان الموقوف مؤجرا فلا حق
للموقوف عليه ببديل الإيجار إلا إذا كان موجودا بتاريخ استحقاق البديل . فمثلا إذا كان البديل يستحق
كل ثلاثة أشهر مثلا ، فلا حق للموقوف عليه في هذا البديل إلا بنهاية ثلاثة أشهر.

أما إذا لم يكن الموقوف مؤجرا كأن يكون أرضا زراعية ، فلا حق للموقوف عليه في الثمار إلا إذا
كانت موجودة في اليوم الذي يصير فيه الزرع متقوما إن كان المزروع حبا أي وقت وجود الحب في

الزرع وفي اليوم الذي ينعقد فيه الثمر و يصير مأمنا من الآفات إن كان غير حب ، وإذا توفي الموقوف عليه قبل ذلك فلا حق لورثته أو لدائنيه عليها بل تصبح من حق بقية الموقوف عليهم الآخرين إذا كانوا متعددين .

و الثمار تكون منذ وجودها حقا للموقوف عليهم ، و عليه إذا حدث و أن مات الموقوف عليه أو عليهم بعد تاريخ استحقاق البديل المذكور و قبل التوزيع فتعود حصته إلى ورثته ، على أن يكون حق المستحق هو من الغلة و لا يحق له الإدعاء بأي حق آخر على الوقف .

و لما كان حق المستحق في غلة الوقف تدخل في ثروته منذ استحقاقها فإنها بذلك تشكل جزءا من الرهن العام المعطى للدائنين عليها ، و بالتالي يحق لهؤلاء حجز الوقف حتى وإن اشترط الواقف عدم قابلية الحجز في عقد الوقف لأن مثل هذا الشرط يعتبر من الشروط غير المباحة و بالتالي هو باطل ، هذا ما تشير إليه المادة 21 من قانون الأوقاف رقم 10/91 بنصها : ((يجوز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائنين في المنفعة فقط أو في الثمن الذي يعود إليه)) .

في هذه الحالة يحجز الريع بين يدي المتولي بطريقة الحجز لدى شخص ثالث و لا يجوز أن يوقع الحجز إلا على حصة المستحق المدين الصافية بعد حسم جميع نفقات إدارة الوقف و ديونه .

بعد هذا العرض الموجز لطبيعة حق المستحق هناك تساؤل يثار و هو هل يجوز التأمين بحق الانتفاع هذا ؟ .

للإجابة عن هذا التساؤل نقول حصة المنتفع يجوز أن تكون ضمانا للدائنين على أن تكون الحصة منصبة على المنفعة أو من الثمن الذي يعود إليه حسب ما تشير إليه المادة 21 من قانون الأوقاف رقم 10/91 .