جامعة جيلالي بونعامة بخميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم االسياسية

قسم القانون الخاص

محاضرات في مقياس الوقف

موجهة لطلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون أسرة

من إعداد الأستاذة الدكتورة: جبار جميلة

المحور الثالث: أركان الوقف

السنة الجامعية 2024/2023

مقدمة:

تنص المادة 09 من قانون الأوقاف رقم 10/91المؤرخ 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 هذا الفصل التطرق إلى هذه الأركان تبعا و ذلك حسب ترتيبها الوارد في النص وقف المباحث التالية .

المبحث الأول

ركـــــــــــــــن الواقف

يعد الواقف ركن أساسي في نشؤ الوقف و هو الشخص الذي تتجه إرادته لإنشاء الوقف باعتباره عمل خيري و قربة من قرب الله سبحانه و تعالى ، و لدراسة هذا الركن نحاول تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول لمفهوم الواقف ، على أن يتضمن المطلب الثاني للشروط قيام هذا الركن .

المطلب الأول : مفهوم 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 [1] .

كما يشترط في الواقف بالإضافة إلى تملكه للمال محل الوقف أن يكون أهلا للتبرع على اعتبار أن الوقف هو إخراج للملك من غير عوض و لا تتحقق أهلية التبرع في الواقف إلا بتوافر شروط [2] .

[1] – أ / رمول خالد – مرجع سابق – ص 72.

[2] ما دام أن الوقف عقد تبرع حسب ما تشير إليه المادة 04 من قانون الأوقاف رقم 10/91

المطلب الثاني : شروط 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 [1] ، كما يشترط في الواقف بالإضافة إلى تملكه للمال محل الوقف أن يكون أهلا للتبرع [2] ، على اعتبار أن الوقف هو إخراج للملك من غير عوض و لا تتحقق أهلية التبرع في الواقف إلا بتوافر شروط هي نردها من خلال الفروع الموالية :

الفرع الأول : بلوغ سن الرشد

يجب أن يكون الواقف 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 [3] ، و بالتالي يكون وقف الصبي باطلا حتى و لو أذن به الوصي هذا ما يؤكده 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)) .

الفرع الثاني : تمتع الواقف بأهلية التسيير

معنى تمتع الواقف بأهلية التسيير أي يكون عاقلا ، فلا يصح الوقف من فاقده كالمجنون أو ناقص العقل كالمعتوه [4](01) ، 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

---

[1] – د/ الشيخ محمد مصطفى شلبي – مرجع سابق – ص 345

[2] د/ الشيخ محمد مصطفى شلبي – مرجع سابق – ص 345 اقتباس من الهامش .

[3] يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة حسب نص المادة 2/42 من القانون المدني المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 التي تنص : ((... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة)) .

[4] على اعتبار أن المعتوه من اختلط كلامه فمرة يشبه كلام العقلاء و مرة يشبه كلام المجانين .

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)).

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 [1] ، غير أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة و طبقا للمادة 215 منه نجدها تنص على ما يلي : ((يشترط في الواقف و الموقوف له ما يشترط في الواهب و الموهوب له 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 و صية)) ، 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 على نص المادة 203 من قانون الأسرة التي تنص على شروط الواهب .

<u>الفرع الثالث</u> : <u>يجب أن يكون الواقف غير محجور عليه</u>

يشترط في الواقف أن يكون غير محجور عليه لسفه أو دين أو مريض مرض الموت [2] ، ومتى كان الشخص مصابا بجنون أو عته أو سفه ، جاز لأحد أقاربه أو من له مصلحة أو النيابة العامة تقديم طلب

---

[1] – أ / رمول خالد – مرجع سابق – ص74 .

[2] – مرض الموت هو ما توافر فيه شرطان :

الأول : أن يكون من الأمراض التي يغلب فيها الموت عادة حسب تقرير الأطباء .

الثاني : أن يتصل الموت به من غير برء مدة طويلة قدرت بسنة حتى و لو كان الموت بسبب آخر غير المرض ، فلو اختل أحد الأمرين كان يكون المرض بسيطا أو ما شابه ذلك فإنه لا يكون مرض موت و إن اتصل به الموت فلا يعتبر مرض موت، أو كان المرض مما يغلب فيه الموت لكنه لم يتصل به الموت فلا يعتبر مرض موت شرعا و يكون وقفه كوقف الصحيح غير المحجور عليه في أن يكون نافذا في حين صدوره و لا يتوقف على إجازة احد د / الشيخ محمد مصطفى شلبي – مرجع سابق – ص، 350...351 .

أمام المحكمة المختصة إقليميا لإستصدار حكم قضائي يقضي بالحجر تطبيقا للمادتين 107 و المادة 108 من قانون الأسرة الجزائري ، لأنه من الآثار الحجر غل يد المحجور عليه في التصرف في أمواله و كل تصرف يصدر منه يعتبر باطلا بما في ذلك 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 أودين))، كما أن المدين و المريض مرض الموت لتصرفاتهما تأثير
في نفاذ الوقف لا في صحة الوقف [1] .

أما المدين : فإذا كان الدين غير مستغرق و وقف ما زاد عما يفي بدينه ، كان الوقف صحيحا و نافذ في حق الدائنين ، ولا يتوقف على إجازة أحد منهم ، يستوي في ذلك أن يكون المدين متمتعا بصحته أو في مرض موته ، أما 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 تؤكده المادة 32 من قانون الأوقاف [2] .

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

بحيث في الحالة الأولى – و هي حالة وجود ورثة – ينفذ الوقف في هذه الحالة في حدود ثلث التركة ويأخذ حكم الوصية و هو ما ذهب إليه المشرع الجزائري [3] ، أما مزاد عن الثلث يتوقف على

---

[1] – أنظر في هذا الصدد القرار رقم المؤرخ في 1962/02/19 – مقتبس من مرجع حمدي باشا عمر – القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا ، دار هومة للطباعة و النشر ، طبعة سنة 2004 ، ص219

[2] – ورد في نص المادة 31 خطأ مطبعي و هو – و كأن الدين يستغرق جميع أملاكه – و التعبير الصحيح هو إذا كان الدين يستغرق جميع أملاكه.

[3] – المادة 776 و المادة 777 من القانون المدني المعدل بموجب القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 . أنظر كذا القرار رقم 96675 مؤرخ في 1993/11/23 مقتبس من مرجع أ / ماروك نصر الدين – قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق – دار الهلال للخدمات الإعلامية، طبعة 2004، ص 201.
كذلك د/ عكرمة سعيد صبري – مرجع سابق – ص 220

إجازت الورثة فإذا أجازوه سقط حقهم فيه ، و إذا لم يجيزوه لم ينفذ في حقهم .

و تبقى إثارة مسالة عدم توافر الأهلية في الواقف عند إبرامه للوقف مسألة تحتاج إلى إثبات حتى يحكم بها القاضي و يقضي تبعا لذلك ببطلان الوقف ، و هو المبدأ الذي جسدته 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 [1] .

الفرع رابع : أن يكون الواقف مالكا للعين

يضاف للشروط السابق ذكرها ، شرط امتلاك العين 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 .....)) .

هذا ما أكدته صراحة الغرفة العقارية بالمحكمة العليا عند إقرارها بأنه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا ، و لما ثبت في قضية الحال أن المحبس الأصلي كان قد باع القطعة الأرضية محل الحبس فإن القضاء بعدم شرعية عقد الحبس يعد تطبيقا صحيحا للقانون [2] .

لكن و في 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 [3] تطبيقا لنص المادة 07 من قانون العقوبات الجزائري [4].

هذا و تبقى مسألة إثبات ملكية المال المراد وقفه تختلف بإختلاف طبيعة المال في حد ذاته

---

[1] – القرار رقم 195280 مؤرخ في 2000/05/31 – مجلة الاجتهاد القضائي عدد خاص ج 1 سنة 2000 ص 138 – كذلك ورد نفس القرار ضمن مرجع صنفه أ / جمال سايس – د/ سعيد مقدم – مرجع سابق – ص 313...316

[2] – القرار رقم 198940 الصادر بتاريخ 2001/04/25 عن الغرفة العقارية – مجلة الاجتهاد القضائي عدد خاص ج 1 سنة 2004 ص 151 . كذلك القرار رقم 94323 الصادر بتاريخ 1993/09/28 المجلة القضائية العدد 02 لسنة 1994 ، ص 75 .

[3] – هذا ما يعرف بالحجر القانوني مفاده حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المالية.

[4] – هذا ما يعرف بالحجر القانوني مفاده حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المالية.

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 منقولا أو منفعة ...)) .

أما عن ملكية المنقول : فتطبق بشأنها القاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، باستثناء بعض المنقولات كالسيارات و المركبات إلخ ..... التي تحتاج إلى إعتماد إجراءات إدارية لنقل ملكيتها .

إلا أن تطبيقات هذا الركن تبقى 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 بتحقق جملة من الشروط أهمها :

1 – يجوز للواقف التراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط الواقف لنفسه ذلك حين انعقاد العقد ، و هذا الشرط كرسته المادة 15 من قانون الأوقاف و كذا القرار الذي يحمل رقم 204958 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 2001/01/31 [1] ، حيث أقرت الغرفة العقارية 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 الملكي لا يجوز التراجع عنه هذا ما يؤكده القرار الصادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا تحت رقم 223224 بتاريخ 2001/12/19 [2] ، حيث أقرت مبدأ مفاده :

---

[1] – قرار رقم 204958 صادر بتاريخ 2001/01/31 مجلة الاجتهاد القضائي عدد خاص – الجزء الأول سنة 2001 ص 132 .– كذلك أ/ جمال سايس، د/ سعيد مقدم – مرجع سابق – ص 310 312

[2] – مقتبس من مرجع : أ / جمال سايس ، د/ سعيد مقدم – مرجع سابق – ص 320.... 322 . – أنظر كذلك القرار رقم 102230 الصادر بتاريخ 1993/07/21 ، مقتبس من مرجع القاضي حمدي باشا عمر – مرجع سابق – 223 .

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

المبحث الثالث

محـــــل الوقـــــــــــــف

لدراسة ركن المحل في عقد الوقف لابد من تعريف المحل ثم شروطه ، و منه نحاول تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف محل الوقف أو بالأحرى المال الذي ينصب عليه التصرف الوقفي ، كما هو الشأن بالنسبة لكل العقود التي يعتبر فيها المحل ركن ، و حتى يستقيم الركن لابد من استيفائه لجملة من الشروط نخصص لها المطلب الثاني .

المطلب الأول : تعريف محل الوقف

محل الوقف هو الشيء الموقوف الذي يعد ركنا أساسيا في عقد الوقف يصطلح عليه في عقد الوقف بالعين الموقوفة ، و هو كل ما يحبس عن التملك و يتصدق بمنفعته ، إذ يشترط في الموقوف ليصح الوقف أن يكون عقارا أو منقولا أو منفعة على أن يكون معلوما محددا و مشروعا ، 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 :

المطلب الثاني : شروط محل الوقف

حتى يتحقق ركن المحل في عقد الوقف لابد من استفاء ه جملة من الشروط نتناولها من خلال الفروع الموالية هي :

الفرع الأول : أن يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة

يصح الوقف مهما كانت طبيعة المال محل الوقف سواء كان عقارا أو منقول ، بناء على ذلك يصح وقف السيارات ، السفن الحبوب ، النقود ، الحيوانات ، المصاحف و كل مال منقول يمكن أن ينتفع به بما في ذلك وقف المنافع الذي أجازه المشرع مخالفا بذلك المذهب الحنفي الذي يجيز وقف العقار بلا نزاع لتحقق

((من الثابت شرعا أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم وفقا للمذهب الحنفي و لما 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)).

شرط التأبيد في مثل هذا الوقف ، أما وقف المنقول فلا يجيزه إلا إذا كان تابعا للعقار[1] سواء كان متصلا به كآلات الري و الحرث و الأشجار ، أو كان اتصاله به ليس على وجه القرار كالزرع 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 [2] ، هذا و لا يشترط في المال الموقوف عدم تعلق حق الغير به ، لذا يصح وقف المال المرهون مثلا .

فلو رهن شخص ماله نظير دين عليه ثم وقفه بعد الرهن صح الوقف و لا يبطل الرهن ، فإذا وفى 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 سدد الدين إذا طلب المرتهن ذلك و لم يكن للراهن مال غيره ، أما إذا كان عنده مال آخر يفي 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 [3]. 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 نجد المشرع نجده يقضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في ما هو غير منصوص عنه قانونا.

هذه المسألة نجدها محل اختلاف فقهي هناك من الفقهاء من يجيز وقف المال المرهون ، بينما البعض الآخر نجدهم يقرون بعدم جواز هذه المسألة.

---

[1] – و إن لم يكن المنقول تابعا للعقار فإنه لا يصح وقفه إلا في الحالتين :

الحالة الأولى : إذا ورد نص شرعي بوقفه كالسلاح و الخيل و الإبل

الحالة الثانية : إذا لم يرد به نص شرعي لكن جرى به العرف كوقف المصاحف و الكتب

[2] – أما المذهب المالكي يبيح وقف المنقول مطلقا سواء كان تابعا أو غير تابعا ورد به نص أو لا لأنهم لا يشترطون التأبيد في الوقف بل يصح أن يكون مؤقتا.

[3] – د/ الشيخ محمد مصطفى شلبي – مرجع سابق – ص 363...365

ففقهاء الحنفية يجيزون وقف المال المرهون ، فإذا وفى الراهن بالدين الذي عليه صح الوقف بتطهير العين المرهونة ، أما إذا لم يوف به وجب إبطال الوقف حماية لحق الدائن على المال الوقف ، وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء نافين بذلك وقف المال المرهون إلا في حالة إجازة المدين أو الدائن .
أما الشافعية أجازوه إذا كان المدين موسرا ، في حين الحنابلة يقرون بصحة وقف العين المرهونة ويضفون إلى هذا الشرط شرط آخر يكمن في و وجود إذن من الدائن .

لعل سكوت المشرع عن المسألة يعد بمثابة رفض لها 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 .

كما لا يصح أيضا أن يكون محل الوقف ما لا يدوم الانتفاع به ، كالطعام و الشرب غير الماء لأن منفعة الطعام 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 لإنتفاع بها غير مقصود باستثناء الماء فيصح وقفه.

تبعا لذلك لا يصح وقف ما لا فائدة فيه أو ما لا منفعة منه كوقف كلب و خنزير و جوارح الطير ونحوهما ، على أن يكون استيفاء منفعة الموقوف إما بتحصيل المنفعة كسكنى الدار و ركوب الدابة وزراعة الأرض ، أو بتحصيل العين كالثمار من الأشجار و الصوف و الوبر و الألبان الحيوانات[1]

الفرع الثاني : أن يكون المحل معلوما محددا و مشروعا

يقصد بالعلم بمحل الموقوف هو معرفة كل المواصفات و التعيينات التي تجعل الوقف معينا تعينا يمنع الجهالة به ، أكد المشرع الجزائري 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 أنها تحدث التباسا في محل الإلتزام ، إذ لا يمكن معه التنفيذ [1].

[1] – د/ وهبة الزحيلي – الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي – دار الفكر – دمشق سورية ، طبعة 1987 ص 188...189 .

هذا و يبقى التعيين مختلفا بإختلاف محل الوقف في حد ذاته ، فإذا كان شيء معين بالذات كأن يوقف الواقف دار أو أرض واقعة في مكان معين ، وجب تعيين مساحتها و حدودها و كل ما يتطلب من البيانات الكافية لتعيين العقار بوصف تام يمنع الجهالة به [2]. بالإضافة إلى ضرورة تعيين المال محل الوقف ، يجب أن يكون المحل مشروعا استنادا 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 مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا)) .

كذلك الشأن بالنسبة للوقف فكل ما هو محرم طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية يعد وقفه باطلا طبقا للقاعدة المتعارف عليها عند فقهاء الشريعة الإسلامية ((لا تبرع و لا صدقة بعين محرمة شرعا)) ، ما دام الغرض من الوقف هو التبرع و التصدق للتقرب من الله عز وجل [3] .

كما يدرج ضمن هذا الشرط ضرورة أن يكون المال الموقوف مفرزا ، و إن كان المشرع قد أجاز وقف المال المشاع بعد قسمة هذا المال 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 مملوكا للواقف ، و معينا خاليا من النزاع و لو كان مشاعا)) .

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

---

[1] – د/ عكرمة سعيد صبري – مرجع سابق – ص 226 .

[2] – أ / رمول خالد – مرجع سابق – ص 79 ، كذلك د/ عكرمة سعيد صبري – مرجع سابق – ص ، 226...227

[3] – أ / رمول خالد – مرجع سابق – ص 83 .

فالمسجد يقتضي أن يكون خالصا لله تعالى و هذا لا يتحقق مع الشيوع ، بل لابد من الفرز وكذلك الأمر بالنسبة إلى المقبرة ، فلا يمكن أن تكون مقبرة مخصصة لدفن الأموات إلا بالفرز و هذه المسالة هي التي كانت موضوع إجماع .

في حين إذا كانت الأرض موقوفة لغير المسجد أو المقبرة ، في المسألة خلاف بين الفقهاء حول متوقفة على اشتراط القبض للعين الموقوفة أو عدم اشتراطها ، فالذين يشترطون القبض يرون أن الوقف لا يتم مع الشيوع بل لابد من الفرز و القسمة ، أما الذين لا يشترطون القبض أجازوا وقف المال المشاع سواء كـان قابلا للفرز أو غيـر قابل لـه و يتضح ذلك حسب الآتي :

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

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

2 – رأي الإمام أبي يوسف : أقر الإمام أبي يوسف بصحة الوقف المال المشاع الذي يقبل القسمة معتمدا في رأيه على قاعدة فقهية في الوقف تتضمن عدم اشتراط القبض لتمام الوقف واستدل 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 و سلم ((احبس أصلها)) ،و هو 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 مستندين في ذلك على ما أخرجه البخاري في صحيحه (إذا أوقفت جماعة أرضا مشاعا و هذا جائز ، حيث يقول حدثنا عبد الوارث عن أبي التياح عن بني النجار ثمنوني بحائطكم هذا قالوا لا و الله 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 و أن النبي قد قبل ذلك منهم و لم يكن البستان مفرزا– لأن الحائط في الحديث الشريف كان يقصد به البستان – و لو كان الوقف غير جائز لأنكره

النبي صلى الله عليه و سلم و يضيفون بأنه لما كان الوقف هو تحبيس للعين و تسبيل للمنفعة ، فيحصل ذلك من المال المشاع كما يحصل من المال المفرز[1] .

في هذا المجال صدر قرار قضائي عن المحكمة العليا يقضي بجواز حبس المال على الشيوع مفاده : ((من المقرر شرعا و قانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف ، و إلا لما جاز له أن يحبسه و أن يكون معينا – غير مجهول – و خاليا من كل نزاع و لو كان هذا المال في الشياع ، 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 للمـال المملـوك له ....)) [2] .

المبحث الثالث

صيغـــــــــــــة الوقف

تعتبر الصيغة الركن الثالث المكون للتصرف الوقفي تتمثل في العبارات الدالة على حقيقة التصرف بما يفيد ثبوت هذا التصرف و تمييزه عن غيره من التصرفات الأخرى ، كأن يقول الشخص وقفت أو حبست مثل هذه العبارات توحي إلى حقيقة التصرف بما يميزه عن تصرفات تبرعية أخرى .

لدراسة هذا الركن ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين ، نتناول في المطلب الأول مدلول ركن الصيغة ، على أن ينفرد المطلب الثاني لدراسة شروط قيام هذا الركن .

المطلب الأول : مدلول ركن الصيغة في الوقف

بناءا 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 .

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 التصدق بالغلة و الثمار . أما

---

[1] د/ سعيد عكرمة – مرجع سابق – ص، 232...236 ، كذلك د / الشيخ محمد مصطفى شلبي – مرجع سابق – ص ، 359 ...363 ، كذلك أ / رمول خالد . مرجع سابق – ص ، 79...80 .

[2] – قرار رقم 94323 الصادر بتاريخ 1993/09/28 – مقتبس من مرجع القاضي حمدي باشا عمر – مرجع سابق – ص 220 .

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 و لقد اتفق الفقهاء على أن الوقف من التصرفات التي توجد بإرادة واحدة و يكفي في تحققها

صدور إيجاب من الواقف [1]، أما القبول من الموقوف عليهم فليس بركن كما أنه ليس شرطا في

صحته و لا في الاستحقاق إذا كان الموقوف عليه غير معين .

غير أنهم اختلفوا فيما إذا كان الموقوف عليه معينا ، 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 [2] .

بعدما 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 معينا 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)) .

---

[1] – د / وهبة الزحيلي – مرجع سابق – ص،200 .

[2] – د/ الشيخ محمد مصطفى شلبي – مرجع سابق – ص ، 324...326

المطلب الثاني : شروط قيام ركن الصيغة في الوقف

و حتى يكتمل ركن الصيغة في الوقف لابد من توافر جملة من الشروط هي :
أن تكون جازمة و منجزة ، أن تكون مؤبدة، أن تكون محددة المصرف و أن لا يكون في صيغة الوقف شرط يؤثر في أصل الوقف و ينافي مقتضاه [1] ، نرد هذه الشروط تبعا :

الفرع الأول : شرط الجزم في ركن 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.

الفرع الثاني : شرط الإنجاز في ركن الصيغة

الشرط الثاني في صيغة الوقف هو الإنجاز الذي 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)) [2]

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 [3] ، كما أن التعليق ابتداء في الوقف ينافي مقتضى الوقف الذي هو التأبيد ، 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

و له أن يرجع عن الوقف قبل موته كسائر الوصايا ، كما يصبح الوقف نافذا بعد موته [4] .

---

[1] – د/ عكرمة سعيد صبري – مرجع سابق – ص ، 171 .

[2] – أ / رمول خالد – مرجع سابق – ص، 91

[3] – ذلك أن التمليك في الوقف أو الصدقة و الهبة و العارية يبطلها التعليق، أما الوصية فإنها قد أجيزت مع أنها تمليك إلى ما بعد الموت و ذلك على سبيل الاستثناء تشجيعا على عمل البر و تسهيلا له.

[4] – د/ عكرمة سعيد صبري – مرجع سابق – ص 174 .

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

الفرع الثالث : شرط **التأبيد في ركن الصيغة**

تعتبر مسألة التأبيد في صيغة الوقف محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية ، فمنهم من لم يشترط مثل هذا الشرط و أجازوا 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 التأبيد و هو الحكم نفسه الذي تبناه المشرع الجزائري حسب نص المادة 28 من قانون الأوقاف رقم 10/91 التي تقضي : ((يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن)) ، و يستدل الجمهور في ذلك أن الوقف لا يباع و لا يوهب و لا يورث ، هو ما يفيد معنى التأبيد لأنه لو جاز الوقف المؤقت لجاز بيعه أو هبته هذا من جهة ، كما أن الوقف يقتضي إسقاط الملك و خروجه من ملكية الواقف من جهة أخرى ، يضاف إلى هذه الأدلة دليل آخر و هو أن الوقف جرى مجرى الهبات فليس في الهبات رجوع و منه يتأكد التأبيد في الوقف [1].

بعد عرض هذه الشروط هناك تساؤلان قد يثاران في هذا المجال : الأول يتعلق بحكم الشروط التي قد يضعها الواقف و تتعارض مع الغاية و الهدف من إنشاء الوقف ، أما التساؤل الثاني يخص الشروط التي يضعها الواقف الغرض منها تنظيم كيفية استحقاق الموقوف عليهم الوقف و توزيع ريعه وغلته و كذا طرق إدارته و استغلاله .

موقف الفقهاء من التساؤل الأول

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

1 – **الحنفية** : يرى الحنفية أن أي شرط يتنافى و أصل الوقف فإنه يؤدي إلى إبطال الوقف و عدم انعقاده من بين هذه الشروط :

[1] – د / عكرمة سعيد صبري – مرجع سابق – ص ، 179

– كل شرط يتعارض مع لزوم الوقف و تأبيده يؤدي ذلك إلى بطلان الوقف ، كأن يشتـرط الواقف عند إنشاء الوقف أن يكون له حق بيعه أو هبته أو يعود الموقوف إلى ورثته بعد موتـه أو يصير ملكا لهم عند احتياجهم إليه ، و يكون حكم الوقف في مثل هذه الشروط هـو البطلان كما سبق الذكر ، ذلك أن الصيغة إذا ما اقترنت بمثل هذه الشروط تصبـح غير منشئة له .

هذا عندما يكون الوقف على غير المسجد ، أما بالنسبة للمسجد نجد هنـاك اتفاقا قائمـا عند الحنفية على إبطال الشروط و الإقرار 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 هـو بطلان كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافي مقتضيات الوقف .

2 – **المالكية** : يجيزون للواقف اشتراط أي شرط جائز استدلالا بالحديث الشريف ((المسلمون على شروطهم)) و إن اشترط الواقف شروطا غير جائزة فلا يعتد بهـا كـأن يشترط بأن له حق بيعه أو هبته في أي وقت يشاء لأن ذلك يتنافى و لزوم 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 و كانت لمصلحته وجب إتباعها ، أما الشروط التي تتنافى وأصل الوقف فإنها تبطل الوقف لأن الشروط المنافية للعقود تكون مبطلة لها إذا ما اقترنت بها وتأخذ حكم الشروط المبطلة لسائر العقود .

4 – **الحنابلة** : يتفقون مع الحنفية و المالكية و الشافعية بأن الشروط غير جائزة كـأن يشترط الواقف بيع محل الوقف متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه و يذهبون إلى إبطال الوقـف و الشرط معا .

بعدما 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 وقـع بطل الشـرط 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 أبـي حنيفة – كما سبق بيانه – شروط باطلة يبطل معها الوقف بإستثناء حالة وقف المسجد .

رغم ذلك نقول أن 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 أقر 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 المبطلات الأخرى للوقف 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 و تبيان أثره على الوقف، لأن الشرط الفاسد يتقرر بشأنه صحة الوقف و بطلان 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 .

<u>موقف الفقهاء من التساؤل الثاني</u>

إذا ما اشترط الواقف شروط غير مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية كالشروط المتعلقة بإدارة المال الموقوف ، أو ما تعلق بمقدار الوقف و كيفية استحقاقه و تنظيمه ، يحق له ذلك [1]. وإذا حدث وأن كانت شروط الواقف ضارة بالوقف أو بالمال أو العين الموقوفة ، أو كانت الشروط ضارة بمصلحة الموقوف عليهم، كانت هذه الشروط باطلة .

[1] – د/ عكرمة سعيد صبري – مرجع سابق – ص ، 193.

و لقد عمل فقهاء الحنفية على تصنيف و جمع هذه الشروط على اعتبار أنها شروط اعتاد أكثر الواقفين على اشتراطها في صيغة أوقافهم ، و في الواقع هي شروط صحيحة لا تخل بأصل الوقف و لا تخالف نصوص الشريعة الإسلامية، عرفت عندهم بالشروط العشرة و هي :

الزيادة و النقصان ، الإعطاء و الحرمان ، الإدخال و الإخراج ، التغيير و التبديل الإبدال و الاستبدال .

تتعلق الشروط الثمانية الأولى بمصاريف الوقف، في حين يتعلق الشرطين الأخرين بالعين الموقوفة [1] يأتي بيانها حسب ما يلي:

* الزيادة و النقصان: 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 الوقف 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 و الحرمان: الإعطاء هو أن يعطي الواقف بعض المستحقين الغلة كلها أوبعضها و لمدة معينة ، و الحرمان هو منع الغلة كلها أو بعضها عن بعض المستحقين و لا يكون الإعطاء إلا لأهل الوقف فلو قال الواقف أريد أن أعطي الغلة لغير أهل الوقف كان قوله باطلا.

هذا و يحق للناظر أن يتولى موضوع الإعطاء و الحرمان إذا كان مشروطا له بذلك ، بحيث يقوم الناظر مقام الواقف في هذه المسألة .

* الإدخال و الإخراج: المراد بالإدخال أن يسجل الواقف في وقفه شخصا ليس مستحقا للوقف فيصبح من المستحقين له ، أما الإخراج فالمراد به أن يلغي الواقف اسم شخص كان من المستحقين للوقف و أصبح غير مستحق و للواقف الصلاحية المطلقة في الإدخال و الإخراج إذا شرط لنفسه ذلك حين إنشاء الوقف [2].

* الإبدال و الاستبدال: 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

---

[1] – و من فقهاء الحنفية من زاد الشروط إلى أثنى عشر شرطا فألحق شرطي التفضيل و التخصيص و منهم من جعلهما مكان الإبدال و الاستبدال، باعتبار أن التفضيل و التخصيص لا يتعلقان بتغيير مصارف الوقف بل بتغيير عينه .

[2] – د/ عكرمة سعيد صبري – مرجع سابق – ص ، 199...201 .

بيعت به عين الوقف [1]، ما يلاحظ على هذين اللفظين أنهما متلازمان فإذا خرجت العين من الوقف بالبيع يجب أن تحل محلها عين أخرى .

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

المبحـــــث الرابـــع

ركـــــــــــن الموقـــــــوف عليـــــه

الموقوف عليه هو الركن الرابع في تصرف الوقف و هو الجهة التي ترصد لها العين الموقوفة للانتفاع بها ، عرفته المادة 13 من قانون الأوقاف كونه شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية و لكي يتحقق هذا الركن في الوقف ينبغي أن تتوفر فيه جملة من الشروط منها ما هي محددة بموجب القانون و منها ما هي منصوص عنها في التشريع :

– أن يمثل الموقوف عليه جهة بر أو قربة .
– أن تكون الجهة الموقوف عليها مستمرة غير منقطعة .
– أن يكون على جهة يصح التملك لها معلومة سواء كانت شخصا طبيعيا أو معنويا .

من خلال دراسة هذا الركن نحاول تسليط الضوء على هذا الشروط المحددة قانونا و ذلك من خلال المطالب التالية :

المطلب **الأول** : **الموقوف عليه جهة بر أو قربة**

الأصل في مشروعية الوقف أن يكون صدقة جارية مستمرة يتقرب بها المسلم إلى الله عز وجل ، تنفق على أوجه البر و الإحسان ، إلا أن التطبيق العملي للوقف لم يقتصر التصرف فيه على جهات البر محضا كما ثبت عن بعض التابعين لمصلحة الأغنياء و هم ليسوا من أهل الموقوف عليهم و ترتب على ذلك خلاف بين الفقهاء في اشتراط كون الموقوف عليه جهة بر و قربة أو يكفي انتفاء المعصية فيه ، لأن الأصل في مشروعية الوقف هو البر و القربة يراد به ابتغاء الثواب من الله عز وجل هذا ما ذهب

[1] – أ / رمول خالد – مرجع سابق – ص ، 95 .

إليه فقهاء المذهب الشافعي و الحنبلي .

في حين أنصار المذهب المالكي لا يشترطون في الموقوف عليه أن يكون جهة بر و قربة و لا يكون في معصية [1] ، بينما فقهاء المذهب الحنفي حصروا الشرط في البر و القربة 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 التأبيد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير))

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

و القربة لدى المذهب الحنفي تتحقق بأمرين :

* – أن يكون قربة في نظر الشريعة الإسلامية .

* – أن يكون قربة في نظر الواقف نفسه [2].

المطلب الثاني : يجب أن تكون الجهة الموقوف عليها مستمرة غير منقطعة

يشترط في الموقوف عليه أن يكون مستمر الوجود غير منقطع لينسجم ذلك و خاصية الوقف المؤبد ، لذا 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 و المساكين و كذا 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 و هو الشخص المعلوم و لم يجعل آخره للمساكين و الفقراء ، هذا الإختلاف سوف نبينه بالتعرض إلى موقف المذاهب الفقهية الأربعة من المسألة .

المذهب الحنفي :

[1] – فهذا معارض لعشرات النصوص و الأدلة التي وردت في مشروعية الوقف ، و يرى د / عكرمة سعيد صبري أنه لا مانع من إضافة شرط الاكتفاء بانتفاء المعصية إلى الشرط الأصلي المتعلق بالبر و القربة على اعتبار أن الحرص على انتفاء المعصية هو صورة من صور البر و التقرب إلى الله سبحانه و تعالى . د/ عكرمة سعيد صبري – مرجع سابق – ص ، 242....243 .

[2] – د/ عكرمة سعيد صبري – مرجع سابق – ص ، 238...239 .

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

- **موقف أبي حنيفة و محمد** : يشترط في الوقف الديمومة و الإستمرارية 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 التأبيد في صيغـــة الوقف و يرى أنه إذا سمى الواقف في وقفه جهة تنقطع ، جاز بعدها الوقف للفقراء حتـى و لو لم يذكرهم الواقف في وقفه ، ذلك أن الوقف في هذه الحالة ينتقل تلقائيا و حسبـه أن لفظ الموقوف يفيد التأبيد دون النص عليه .

المذهب المالكي :

يرى أنصار هذا المذهب الفقهي أن الوقف يقع صحيحا إذا كان منقطعا انطلاقا من جواز الوقف المؤقت عندهم، و يكون 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 و لـم يجعل آخره للمساكين ، و لا 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 علـى قيد الحياة ، فإن الموقوف يرجع إلى الواقف ، إما وقفا عليه أو يرجع ملكا له .
- أما إذا حدث و أن انقطعت الجهة الموقوف عليها و كان الواقف متوفيا صرف الوقف إلى من يأتي بعده إذ 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 [1].

فإذا كان موقف الفقه متباين و مختلف حول شرط استمرارية الجهة الموقوف عليها حسب ما أشرنا إليه أعلاه، فيا ترى ما هو موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط ؟ .

[1] – د/ الشيخ محمد مصطفى شلبي – مرجع سابق – ص، 352 ...357 ، كذلك د/ عكرمة سعيد صبري – مرجع سابق – ص، 243...247 .

المشرع الجزائري عرّف الوقف بموجب المادة 03 من قانون الأوقاف على أنه : ((حبس للعين على وجه التأبيد))، 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 قبل تعديل قانون الأوقاف في الفقرة الأخيرة :((الوقف الخاص و هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور و الإناث أو على أشخاص معيين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم)) . كما نص المشرع بموجب المادة 08 من قانون الأوقاف 10/91 قبل التعديل على إلحاق الأوقاف الخاصة بالأوقاف العامة إذا لم تعرف الجهة المحبس عليها ، و هي الحالة السابعة التي كرسها النص المشار إليه ، ضمانا لتحقق 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 و قبوله ، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية حسب ما تقضي به المادة 02/13 من قانون الأوقاف الساري المفعول .