

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



عقود استثمار العقارات الوقفية المبنية في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص: قانون الأحوال الشخصية

إشراف الأستاذ:

مناجلي أحمد لمين

إعداد الطالبة:

فزاز سميرة

لجنة المناقشة:

- الأستاذ الدكتور: رحمانى منصور رئيسا
- الأستاذ: مناجلي أحمد لمين مشرفا ومقرا
- الدكتور: بوصيدة امحمد مناقشا

دورة جوان 2017

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي طوال مشواري الدراسي إلى والدي العزيزين

أطال الله في عمرهما.

إلى إخوتي وأخواتي حفظهم الله ووفقهم.

إلى زوجي الغالي الذي ساندني وكان خير عون لي .

إلى صديقات دربي: "أمينة" و "أحلام" و "نور الهدى".

إلى زملائي وزميلاتي وكل طلاب البحث العلمي .

سميرة فزاز

شكر و تقدير

أحمد الله عزَّ وجلَّ حمدا كثيرا الذي وفقني و أعانني على إنجاز هذا البحث الذي أتمنى أن يكون عملا خالصا لوجهه تعالى.

وأقدم بخالص الشكر والامتنان إلى أستاذي المحترم المشرف

"مناجلي أحمد لمين" الذي تفضل على رعاية عملي بكل صدق

و تفان و نزاهة من بدايته إلى نهايته فجزاه الله خيرا.

أشكر جميع أساتذة كلية الحقوق وأخص بالذكر كل من الأستاذ

"رحماني منصور"، والأستاذ "كيفاجي الضيف".

أشكر كل عمال مكتبة كلية الحقوق، دون أن أنسى موظفي مديرية

الشؤون الدينية والأوقاف لولاية سكيكدة، وعلى رأسهم

وكلاء الأوقاف "سفيان"، و "سمير".

مقدمة:

من القيم السامية التي يحث عليها ديننا الإسلامي السمح، هي ترسيخ أواصر التعاون والتضامن والتكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع، التي تتحقق بأعمال البر والخير وأداء الصدقات مقربة لله تعالى، و يأتي من بينها الوقف الذي يعتبر من الصدقات الجارية ، ويقصد به حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بمنفعته على الفقراء و المساكين، أو على وجه من وجوه البر والخير، ويستند الوقف في مشروعيته إلى القرآن، و السنة الشريفة، و عمل الصحابة والتابعين، فلقد جاءت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية تحث على الإنفاق والصدقة ، كقوله تعالى: (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ...)⁽¹⁾ ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية ، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له)⁽²⁾.

ولقد عرف الوقف نماء و ازدهارا ملحوظا في صدر الدولة الإسلامية، وشكل إحدى الركائز الأساسية للنهضة الإسلامية الشاملة بأبعادها الدينية و الثقافية والاجتماعية والاقتصادية، و على مر الأزمان و العصور مارس الوقف أدورا بالغة الأهمية في تدعيم نواحي الحياة المختلفة في المجتمعات الإسلامية، حتى أصبحت مؤسسة الوقف الإسلامي نظاما قائما بذاته، و من أكبر المؤسسات الممولة للمشاريع التنموية.

غير أنه وبتوسع بؤرة الاستعمار الذي اجتاح معظم البلاد الإسلامية و نتيجة لتضايف العديد من العوامل والظروف، تراجعت مكانة الوقف وانحسرت أدواره، وتعطلت منافعه لعقود طويلة من الزمن، مما جعل الأموال الوقفية عرضة لكل أعمال النهب والمصادرة.

وللنهوض بالأوقاف من جديد والعمل على استثمارها وتتميتها و تعظيم ريعها، أولت الدولة الجزائرية بعد الاستقلال نظام الوقف أهمية كبيرة، فأحاطته بالحماية التشريعية والإدارية ، و كان ذلك من خلال إصدار سلسلة من القوانين و التنظيمات الخاصة به، فكانت البداية بصدور المرسوم رقم 283/64 المتضمن نظام الأملاك الحسبية العامة، والذي لم يعرف تطبيقه لافتقاده إلى نصوص قانونية تلزم الإدارة بحماية الأوقاف، ثم تلاه

(1) سورة آل عمران الآية 92 .

(2) رواه مسلم.

صدر القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة، الذي اكتفى بتناول مفاهيم عامة عن الوقف، و بصدور دستور 1989 جاء النص صراحة على حماية الأملاك الوقفية، و هو المبدأ نفسه الذي حافظ عليه دستور 1996، ثم جاء القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتعلق بالتوجيه العقاري، الذي أدرج وصنف الأملاك الوقفية ضمن الأملاك العقارية إلى جانب الأملاك الوطنية والأملاك الخاصة ، إلى أن صدر قانون خاص بالأوقاف و هو القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01 و القانون رقم 10/02، الذي يعد النواة الأولى لبدء التفكير في إصلاح الأملاك الوقفية بعدما عانت من التهميش والإهمال، و الذي من خلاله بدأ إهتمام الدولة الجزائرية بموضوع استثمار الأملاك الوقفية التي اعتبرت عاملا أساسيا في التنمية الوطنية و التكافل الاجتماعي.

ونظرا لكون أن العقارات الوقفية المبنية و القابلة للبناء تمثل نسبة كبيرة من الأوقاف الموجودة في الجزائر، والتي من شأنها أن تشكل موردا أساسيا لتمويل الكثير من المشاريع الاقتصادية و الاجتماعية، فلقد فكر المشرع الجزائري في بحث طرق استثمار مشروعة تضمن نماء واستمرار نفع العقارات المبنية و القابلة للبناء، وطرقا أخرى تعمل على إحياء و إصلاح العقارات الوقفية المعرضة للخراب والإندثار.

وتعود أهمية هذه الدراسة إلى أهمية استثمار الأوقاف عامة، واستثمار العقارات المبنية و القابلة للبناء بصفة خاصة، لما تحققه من رفاه اجتماعي وتنمية اقتصادية.

أما عن أسباب اختياري لهذا الموضوع فترجع إلى سبب ذاتي وآخر موضوعي، سبب ذاتي، وهو رغبتني في توسيع المدارك المعرفية ، من خلال دراسة هذا النظام الإسلامي العريق، والذي اكتشفت مدى ثراه و أهميته، أما السبب الموضوعي الذي دفعني إلى دراسة هذا الموضوع فيرجع لكون أنه لم يسبق وأن تمت دراسة هذه العقود في شكل بحث متخصص يتعلق باستثمار أراضي العقارات الوقفية المبنية والقابلة للبناء في التشريع الجزائري، ولأن معظم البحوث جاءت تتصف بالعمومية.

مع أن موضوع الوقف قد سبق و أن تمت دراسته بكثرة في عدة مراجع إلا أنني واجهت صعوبة في جمع المراجع القانونية المتخصصة في موضوع بحثي، خاصة وأن معظم المراجع التي اعتمدت عليها كانت عبارة عن كتب فقهية متخصصة في العلوم الإسلامية، أين واجهت صعوبة في فهم بعض المعلومات، كما أن معظم المذكرات والرسائل الجامعية التي اعتمدت عليها لم تدرس بالشكل الكافي العقود الخاصة باستثمار

العقارات الوقفية المبنية والقابلة للبناء، كما أن معظم العقود التي استحدثها المشرع الجزائري من الناحية التطبيقية غير معمول بها.

وتهدف دراسة هذا الموضوع إلى استعراض الصيغ الاستثمارية التي تبناها المشرع الجزائري قصد تمييز العقارات الوقفية المبنية والقابلة للبناء و تنمية عائداتها في ظل قانون الأوقاف، وتحديد النقائص التي تشوب هذه الطرق، هذا بالإضافة إلى بيان الأحكام الخاصة التي جاء بها المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وحمايتها وتسييرها وكيفيات ذلك، و هذا في مجال تأجير العقارات الوقفية المبنية. كما يهدف هذا البحث إلى نشر ثقافة استثمار الأوقاف، والمساهمة و لو بقليل في إثراء رصيد المكتبة القانونية في هذا المجال.

وللإلمام بهذا الموضوع أكثر اتبعت المنهج التحليلي الذي يظهر من خلال دراسة وتحليل النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بعقود استثمار العقارات المبنية، فضلا عن المنهج المقارن في بعض الأحيان، وذلك عند استعراض الآراء الفقهية للمذاهب المختلفة.

ومما تقدم يمكن طرح الإشكالية الرئيسية التالية:

- ما مدى نجاعة العقود التي أقرها المشرع الجزائري في مجال استثمار العقارات المبنية و القابلة للبناء؟

والتي على ضوءها نطرح التساؤلات الفرعية الآتية:

- ماهي الأحكام الخاصة التي جاء بها المرسوم التنفيذي رقم 381/98 في إطار تأجير العقارات الوقفية المبنية؟
- ماهي الطرق التقليدية التي جاء بها قانون الأوقاف لاستثمار العقارات الوقفية المبنية؟
- ماهي الطرق الحديثة التي جاء بها قانون الأوقاف لاستثمار العقارات الوقفية المبنية؟

وللإجابة على التساؤلات التي تقدم طرحها قمت بتقسيم البحث إلى فصلين:

الفصل الأول تناولت فيه إيجار العقارات الوقفية المبنية في ظل المرسوم رقم 381/98، والذي قسمته إلى مبحثين، الأول تطرقت فيه إلى إنعقاد إيجار العقارات الوقفية المبنية، وفي المبحث الثاني تطرقت إلى آثار عقد الإيجار وانتهاءه.

أما في الفصل الثاني فقد تناولت طرق استثمار العقارات الوقفية المبنية في ظل قانون الأوقاف، والذي بدوره قسمته إلى مبحثين، ففي المبحث الأول تطرقت إلى الطرق القديمة التي أقرها المشرع الجزائري لاستثمار العقارات الوقفية المبنية ، أما في المبحث الثاني تناولت الطرق الحديثة لاستثمار العقارات الوقفية المبنية.

الفصل الأول: إيجار العقارات الوقفية المبنية في ظل المرسوم التنفيذي رقم 381/98

كان ولا يزال عقد الإيجار من أهم العقود شيوعا وانتهاجا في دفع عجلة التنمية نظرا لأهميته التي تكمن في تمكين غير القادرين على التملك من الانتفاع بما لا يملكون، لذلك يبقى الإيجار الطريق الأصلي القديم والحديث في مجال استثمار أموال الوقف (العقارية والمنقولة) والمتبع في معظم البلاد الإسلامية، قصد تثمين الأملاك الوقفية وتنمية عائداتها، وذلك في ظل القيود التي فرضها الفقهاء على الأساليب المستحدثة لاستثمار الأوقاف.

هذا ولم تعرف الأحكام التي تطبق على إيجار الأملاك الوقفية بما فيها المبنية، إلا بصدور قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 2001/05/22، الذي كان بداية عهد جديد ونقطة انطلاق جادة في قطاع الأوقاف، حيث نصت المادة 42 منه: "تؤجر الأملاك الوقفية وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية". ثم صدور المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، والذي جاء مكملا للبناء القانوني للمنظومة القانونية الوقفية التي بدأها القانون رقم 10/91، أين جاء الفصل الثالث منه تحت عنوان إيجار الأملاك الوقفية متضمنا المواد من 22 إلى 30 لشرح كيفية إبرام عقد إيجار الملك الوقفي، ومدته وأجرته، والآثار المترتبة عليه.

وعليه سيكون محط دراستي من خلال هذا الفصل بحث كيفية إيجار العقارات الوقفية المبنية (سكنات، محلات تجارية، حمامات، مصانع)، وذلك في ظل المرسوم التنفيذي 381/98 السالف الذكر باعتباره نسا خاصا، مع الإحالة إلى بعض أحكام ونصوص القانون المدني الجزائري.

ومنه ارتأيت أن أقسم هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول أتناول فيه انعقاد إيجار العقارات الوقفية المبنية، أما المبحث الثاني، فأخصه لآثار عقد الإيجار وانتهاءه.

المبحث الأول: انعقاد إيجار العقارات الوقفية المبنية.

نظرا لكون الإيجار من الصيغ التمويلية الشائعة الاستخدام في استثمار الأوقاف فإن أحكام إيجار العقارات الوقفية المبنية لا تختلف كثيرا عن أحكام وشروط الانعقاد المعمول بها في تأجير الأملاك العادية، أين تشترك معها في بعض القواعد كشروط صحتها وصيغتها وفي ترتيب الأحكام والحقوق. غير أنها تتميز وتستقل عنها في بعض القواعد الخاصة، وذلك حفاظا على الوقف ورعاية لمصلحته، لاسيما فيما يتعلق بالأمور التالية:

من يحق له تأجير واستئجار العقارات الوقفية المبنية (مطلب أول)، وطرق إبرام عقد الإيجار (مطلب ثان)، وكذا محل ومدة عقد الإيجار (مطلب ثالث).

المطلب الأول: أطراف عقد الإيجار

كأي إيجار عادي فإنه يتم إبرام عقد إيجار العقارات الوقفية المبنية وفق تطابق إرادتي طرفيه، طرف أول وهو المؤجر والذي يكون ممثلا في ناظر الوقف، وذلك طبقا لنص المادة 33 من قانون الأوقاف رقم 10/91،⁽¹⁾ وطرف ثان وهو المستأجر، أي الغير الذي يؤول له الحق في الانتفاع بالعقارات الوقفية المبنية وملحقاتها.

الفرع الأول: مؤجر الوقف.

منح المشرع الجزائري الشخصية المعنوية للوقف في المادة 5 من قانون الأوقاف، والتي جاء فيها: "أن الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية، وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها".

(1)-تنص المادة 33 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف: "يتولى إدارة الأملاك الوقفية ناظر الوقف حسب كفايات تحدد عن طريق التنظيم".

أين جعل بذلك للوقف شخصية مستقلة عن منشئيه، له ذمة مالية تجعله مدينا بكل مستحقاته، والتي لا تسقط بزوال الهيئات القائمة عليه،⁽¹⁾ وهو ما يؤهله للقيام بالمقاصد التي أنشأ من أجلها شرعا وقانونا⁽²⁾.

هذا الإقرار الذي جاء منسجما مع نص المادة 49 من القانون المدني الجزائري، ملزما في ذلك الوقف بتحمل الالتزامات واكتساب الحقوق كالحق في التقاضي، والذي يكون ممثلا في شخص ناظر الوقف،⁽³⁾ المسير المحلي للملك الوقفي والذي تثبت له ولاية تأجير العقارات الوقفية المبنية، والمقصود بنظارة الملك الوقفي التسيير المباشر للملك الوقفي، رعايته، عمارته، استغلاله، حفظه، وحمايته حسب المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98.

ويقصد بعمارة الملك الوقفي طبقا للمادة 8 من نفس المرسوم:

• صيانة الملك الوقفي وترميمه.

• إعادة بناء الملك الوقفي عند الاقتضاء.

• استصلاح الأراضي الوقفية.

فمن خلال تصفح أحكام ونصوص قانون الأوقاف 10/91، نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل تعريف ناظر الأوقاف تاركا ذلك للفقهاء الإسلامي.

(1)-تقار عبد الكريم: تسيير الأملاك الوقفية في الجزائر وطرق تنميتها، ص09. منشور في موقع:

(2017/02/10) www.iefpedia.com

(2)-عبد القادر بن عزوز: فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص65.

(3)-ناظر الوقف: هو المدير العام للوقف ويشترط فيه أن يكون متمتعا بالخلق القويم، انظر: منذر قحف: الوقف الإسلامي: تطوره، إدارته، تنميته، دار الفكر المعاصر، ط1، دمشق، سورية، 2000، ص168.

حيث عرفه الفقهاء بأنه من تثبت له القدرة على وضع اليد على الوقف وإدارة شؤونه من استغلال وعمارة وصرف أرباحه على المستحقين.⁽¹⁾

فالناظر هو الذي يتولى التصرف بالوقف وتنميته و الاستفادة منه بالإجارة، ولا صلاحية للموقوف عليه في التصرف إذا لم يكن هو الناظر، لأن الولاية للناظر.⁽²⁾

وحتى تثبت الولاية لناظر الوقف⁽³⁾ حسب نص المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 فإنه يشترط أن يكون مسلماً، جزائري الجنسية، بالغاً سن الرشد، عادلاً، أميناً وذو كفاءة، وقدرة على حسن التصرف، وذلك بعد استطلاع وتفحص دقيق من ذوي الخبرة.⁽⁴⁾

وفي هذا يقول سليمان ابن جاسر بن عبد الكريم الجاسر: "لكي نستثمر الأوقاف استثماراً مماثلاً ونسعى في تأثيرها بالثواب والنفع المديد لزم أن يرتاد لنظارتها من ترجح صلاحه وغلب فلاحه، وتتحقق الغاية الخيرة من الوقف سواء بالنسبة للواقف أو الموقوف عليهم بمدى نجاح ناظر الوقف في إدارة الأوقاف ورعايتها وتنميتها، ورعاية شؤونها وحفظها والحد من هيمنة الأطماع البشرية".⁽⁵⁾

(1)- فريدة منصوري: عقود استثمار الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2013-2014، ص4.

(2)- عكرمة سعيد صبري: الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دار النفائس، ط2، عمان، الأردن، 2011، ص280.

(3)- الولاية على الوقف حق مقرر شرعاً على كل عين موقوفة، إذ لا بد للموقوف من متول يدير شؤونه، انظر: محمد عبيد عبد الله الكبسي: أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الثاني، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977، ص67.

(4)- فريدة منصوري: مرجع سابق، ص5.

(5)- سليمان ابن جاسر بن عبد الكريم الجاسر: الوقف وأحكامه في الشريعة الإسلامية، مدار الوطن للنشر، الرياض، ط1، السعودية، 2012، ص47.

وفي القانون الجزائري تختلف مهمة ناظر الملك الوقفي عن مهمته في الفقه الإسلامي لأن مهمة النظارة في القانون الجزائري موكلة للوزارة القائمة على الأوقاف، والناظر ما هو إلا أجير له صلاحية التسيير المباشر في حدود الصلاحيات المخولة له قانونا، ذلك أن الناظر في الفقه الإسلامي من مهامه حفظ الوقف، وعمارته، وإيجاره، وزرعه، والمخاصمة فيه، وتحصيل الغلة، وقسمتها، وحفظ الأصول والغلات...⁽¹⁾

غير أنه وبالرجوع إلى نموذج عقد إيجار الوقف المعد من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، والمادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 2000-2000 المؤرخ في 26/06/2000 المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية و الأوقاف في الولاية وعملها، و التي تنص على أن: " من صلاحيات مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف إبرام عقود إيجار الأملاك الوقفية واستثمارها في الحدود التي يمنحها التشريع والتنظيم المعمول بهما"، نخلص إلى أنه فيما يتعلق بتأجير العقارات الوقفية المبنية من سكنات ومحلات تجارية وحمامات وغيرها من العقارات المبنية، أن الهيئة المكلفة التي تثبت لها الولاية الكاملة في تأجيرها هي وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف⁽²⁾.

الفرع الثاني: مستأجر الوقف

لم يتناول المشرع الجزائري في تقنينه الخاص بالأوقاف رقم 10/91، والمرسوم التنفيذي رقم 381/98 الشخص المؤهل لاستئجار العقارات الوقفية المبنية، محيلا بذلك دراسة هذه المسألة إلى فقهاء الشريعة الإسلامية، إعمالا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف 10/91.

غير أن الأصل المعمول به هو أنه يجوز إيجار العقارات الوقفية بما فيها المبنية من قبل أي مستأجر تتوفر فيه صفة الأهلية، ومتمتعاً بكواه العقلية، وسليم الرضا حتى

(1)-محمد كنانة: الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 155.

(2)-فريدة منصوري: مرجع سابق، ص 6.

حتى وإن كان المستأجر هو المستحق فيه نفسه، أين يكون بذلك مدينا للوقف بالأجرة ودائنا له بمقدار استحقاقه (1)، وهو ما جاءت به إحدى القواعد الأساسية للمرسوم التنفيذي رقم 381/98 في اعتبار المستأجر مدينا للملك الوفي.

وقد أحاط فقهاء الشريعة الإسلامية ناظر الوقف في حالة تقدمه لإبرام عقد إيجار يتعلق بإحدى السكنات أو المحلات الوقفية التجارية بالقيود التالية:

أولاً: ليس للمتولي أن يؤجر عينا من أعيان الوقف لنفسه ولا لولده القاصر الصغير أي الذي في ولايته، لأنه بهذا يكون مؤجرا ومستأجرا، والواحد لا يتولى طرفي العقد إلا في مواضع مستثناة ليس هذا منها، فإن أجز لنفسه أو لمن هو في ولايته لم يصح العقد. (2)

ثانياً: لا يصح للمتولي أن يؤجر الوقف لأشخاص لا تقبل شهادتهم له، وهم: الأصول، والفروع، والزوجة، وذلك بعدا عن التهمة والتحيز والاستغلال، هذا هو الأصل، وهناك رأي لأبي حنيفة بأنه يجيز ذلك إذا كانت الأجرة أكثر من أجرة المثل، وأما الصحابان أبو يوسف ومحمد أجازوا ذلك إذا كانت الأجرة مساوية لأجرة المثل، أما إذا كانت أقل من أجرة المثل، فإنه يعتبر غبنا بحق الوقف، ويحق للقاضي أن يبطل العقد أو يلزم المستأجر فرق الأجرة، وإن رغب المتولي في تأخير أي من أصوله أو فروعه أو زوجته ينبغي عليه الرجوع للقاضي ليتولى القاضي بنفسه التأجير، وذلك إذا رأى القاضي مصلحة في ذلك شريطة ألا تقل الأجرة عن أجرة المثل، ويكون منع التأجير للأصل سدا للذرائع ومنعا للاستغلال وبعدا عن الشبهات، إلا إذا كانوا من المستحقين للوقف فتكون الأولوية لهم (3).

(1)- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، الإيجار والعارية، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 1963، ص1413.

(2)- محمد عبيد عبد الله الكبيسي: مرجع سابق، ص67.

(3)- عكرمة سعيد صبري: مرجع سابق، ص 283-284.

ثالثا: لا يؤجر الوقف لأجنبي بأقل من أجره مثله، فقد يتضرر الوقف والمستحقين بسبب نقص الأجرة عن أجره المثل، خاصة إذا كانت العين الموقوفة بحاجة إلى العمارة، ويستثنى من هذه القيود في حالة الضرورة إذا لم يوجد من يستأجر الوقف إلا بأقل من أجره المثل.

والجدير بالإشارة في هذا الإطار أن الشروط التي يضعها الواقف في عقد وقفه هي التي تنظم شؤون الوقف وهي المعتبرة في تثميره، فإذا وجدت شروط ذات صلة بإجارته وجب إتباعها بشرط عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادتين 5 و14 من قانون الأوقاف 10/91، وهو ما تضمنته أيضا المادة 45 من نفس القانون، على أن إرادة الواقف محل اعتبار في تثمير الوقف، ما دامت هذه الإرادة لا تمس ولا تنافي حكم الوقف الذي هو اللزوم، وليست ضارة بمحل الوقف ولا بمصلحة الموقوف عليهم وفقا لنص المادة 16 من قانون الأوقاف 10/91.⁽¹⁾

المطلب الثاني: طرق إيجار العقارات الوقفية المبنية.

جعل المشرع الجزائري عقد الإيجار العادي في القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 ينعقد صحيحا ومرتبنا لآثاره القانونية إذا كان مستوفيا لجميع عناصره وأركانه الجوهرية من تراض ومحل وسبب بالإضافة إلى الشكل، على اعتبار أن عقد الإيجار من العقود الشكلية التي تستوجب الكتابة، ويتحقق التراضي بارتباط الإيجاب بالقبول وتطابقهما، ومشملا في ذلك على العناصر الجوهرية لعقد الإيجار وهي: طبيعة العقد، والعين المؤجرة، وكذلك الأجرة، ومدة الانتفاع، وخلو إرادة الطرفين من عيوب الرضى، واكتمال أهلية كل من المؤجر والمستأجر بتمام 19 سنة كاملة في القانون الجزائري⁽²⁾.

(1) - فريدة منصوري: مرجع سابق، ص8.

(2) - خير الدين بن مشرنين: إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2012، ص169.

غير أنه وبصدور المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية أخذ منحاً مغايراً في طرق انعقاد إيجار العقارات الوقفية المبنية، أين جعل عقد إيجار الملك الوقفي يتم بطريق المزاد العلني كقاعدة عامة، بعدما كان الأصل في إبرامه يتم بطريق التراضي، وذلك حسب المواد من 22 إلى 25 من المرسوم التنفيذي 381/98 السالف الذكر، وسأتناول في الفرع الأول (إيجار العقارات الوقفية المبنية عن طريق المزاد العلني)، وفي الفرع الثاني (إيجار العقارات الوقفية المبنية عن طريق التراضي).

الفرع الأول: إيجار العقارات الوقفية المبنية عن طريق المزاد العلني.

القاعدة العامة في إيجار الأملاك الوقفية طبقاً لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 أن يتم الإيجار عن طريق المزادة، فذلك يعطي الحق لجميع الأفراد في استئجار مثل هذا النوع من الأملاك دون تفضيل طرف على آخر، وتجري المزادة تحت إشراف مدير الشؤون الدينية والأوقاف باعتباره القائم أو المسؤول الأول على إدارة وتسيير العين الموقوفة، ويشاركة في ذلك مجلس سبل الخيرات وذلك طبقاً للمادة 23 من المرسوم التنفيذي 381/98، وذلك بعد الإعلان عن المزادة في الصحافة الوطنية أو الطرق الأخرى للإعلان قبل 20 يوماً من تاريخ إجراءها.

وينعقد الإيجار عن طريق المزادة على أساس دفتر شروط نموذجي يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية، حيث يجب عليه أن يحدد فيه التعيين الدقيق للعين الموقوفة محل الإيجار (المساحة، الطبيعة، الحدود، مدة الإيجار، الأطراف، السعر).⁽¹⁾

وطبقاً لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي 381/98، يحدد السعر الأدنى بإيجار المثل الذي يتوصل إليه من خلال الخبرة، يراعى فيها ضرورة المعاينة للملك الوقفي المؤجر، ويتم من طرف ممثل مختص لهيئة الأوقاف.

(1)- خالد رمول: الإطار القانوني والتنظيمي للأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة، ط 2، الجزائر 2006، ص 127.

كما يستطلع قبل تحديد السعر الأدنى رأي بعض المصالح المختصة لاسيما مديرية أملاك الدولة بوصفها خبيرة الدولة، و تملك مصلحة مؤهلة ومختصة بالتقييمات العقارية على الخصوص.⁽¹⁾ ويعتبر هذا السعر بمثابة السعر الإفتتاحي للمزاد، ويفتتح المزاد في التاريخ والمكان المحدد ويفوز بالإيجار من يقترح أكبر ثمن ممكن.⁽²⁾

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، حيث أنه استثناء من القاعدة العامة يمكن تأجير الوقف عند الضرورة بأربعة أخماس إيجار المثل إذا كان العقار المراد إيجاره مثقلا بدين أو لم تسجل رغبة فيه إلا بقيمة أقل من إيجار المثل، غير أنه يمكن الرجوع إلى إيجار المثل متى توفرت الفرصة لذلك، وفي هذه الحالة لا بد من تحرير عقد إيجار جديد.⁽³⁾

غير أنه على المستوى المحلي نجد أن مديرية الشؤون الدينية والأوقاف لولاية سكيكدة تعتمد في طريقة إيجارها للعقارات الوقفية المبنية على الطريق الإستثنائي، وهو الإيجار بطريق التراضي، وذلك راجع لكون أن المحلات والسكنات الوقفية الموجودة حاليا كانت مستغلة ومستأجرة منذ القديم، مما يجعل طريقة إيجارها بالمزاد العلني مجرد رهان يحتمل تطبيقه في المستقبل في حالة تسجيل أملاك وقفية جديدة.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: إيجار العقارات الوقفية المبنية عن طريق التراضي.

نصت المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 على إمكانية تأجير الملك الوقفي بطريق التراضي كاستثناء من القاعدة العامة، أين يكون بذلك المشرع الجزائري قد ترك المسألة جوازية، وذلك مراعاة لاعتبارات معينة، إما لفائدة نشر العلم وتشجيع البحث العلمي، أو لفائدة سبل الخيرات، وقد حددت المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 82/91

(1)-محمد كنازة: مرجع سابق، ص 160 - 161.

(2)- سعاد لعمارة: التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند اولحاج البويرة، 2013، ص 58.

(3)-خالد رمول: مرجع سابق، ص 128.

(4)-تصريح السيد : سفيان بلعابد، وكيل الأوقاف بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف لولاية سكيكدة، بتاريخ:2017/02/14.

المؤرخ في 23 مارس 1991 المتضمن إحداه مؤسسه المسجد بعض حالات سبل الخيرات فيما يلي:

- الحفاظ على حرمة المساجد وحماية أملاكها.
- تنشيط الحركة الوقفية وترشيد استثمار الأوقاف.
- ترشيد أداة الزكاة وجمعها وصرفها.
- المساهمة في حل المشكلات الاجتماعية، مثل: تيسير الزواج للشباب، ورعاية اليتامى، ومساعدة المحتاجين والمنكوبين.
- محاربة المحرمات والانحرافات والآفات الاجتماعية، وأسبابها.

كما أن هناك حالة أخرى قد فرضتها وضعية الأملاك في الجزائر وما طرأ عليها من تغيير،⁽¹⁾ وهي الحالة المنصوص عليها بموجب المادة 25 من قانون الأوقاف: "كل تغيير يحدث بناء أو غرس يلحق بالعين الموقوفة ويبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير. و تسوى الحالات المخالفة لأحكام هذه المادة عن طريق التراضي بين المعنيين والسلطة المكلفة بالأوقاف طبقا لأحكام هذا القانون مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه."

والإيجار بطريق التراضي طبقا لنص المادة 25 السابقة الذكر يكون بموجب ترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف، من أجل غلق الباب أمام أولئك الذين يريدون التلاعب بالأملاك الوقفية وتأجيرها عن طريق المحاباة وأصحاب النفوذ.⁽²⁾

(1)-محمد كنانة: مرجع سابق، ص 161-162.

(2)- نسيمه بن التركي: أحكام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2015، ص 57.

ويتم إبرام عقد الإيجار بطريق التراضي بين ناظر الوقف الممثل الولائي لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف، والمستأجر للملك الوقفي.

وأخيرا نشير إلى أن القانون رقم 07/01 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 10/91 قد أحال في تنظيمه لعقود الإيجار الخاصة بالمحلات الوقفية المعدة للسكن والمحلات التجارية لأحكام المبادئ العامة المنصوص عليها في كل من القانون المدني والقانون التجاري.⁽¹⁾

المطلب الثالث: المحل والمدة في عقد إيجار العقارات الوقفية المبنية.

حتى نكون بصدد عقد إيجار ينصب على أي عقار من العقارات المبنية، فإنه يجب أن يتضمن العقد المراد إبرامه جميع العناصر الأساسية، كالعين المؤجرة، والأجرة، والمدة، وسأنتطرق إلى تفصيل ذلك كالاتي:

الفرع الأول: محل عقد الإيجار

قد يتبادر إلى أذهاننا من أول وهلة أن المراد بالمحل في عقد الإيجار الوقفي هو العين المؤجرة، غير أن الأصح هو أن المراد بالمحل هو منفعة العين المؤجرة، أين يأخذ المحل بذلك في عقد الإيجار الوقفي طابعا مزدوجا، فهو بالنسبة للمؤجر منفعة العين المؤجرة، وبالنسبة للمستأجر الأجرة أو البديل الذي يدفعه لقاء انتفاعه بالعين المؤجرة.⁽²⁾

لذلك سأتناول محل عقد الإيجار في جزئيتين:

أولا: أعيان الوقف الجائز تأجيرها

يقصد بالمحل في عقد الإيجار الأملاك الوقفية تمكين المستثمر من العين المؤجرة، ويكون

(1)-صباح حليس: النظام القانوني لاستثمار الأملاك الوقفية العقارية في التشريع الجزائري. مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر الوادي، 2015/2014، ص 54.

(2)- خير الدين بن مشرني: مرجع سابق، ص 173.

الشيء المؤجر في العادة عبارة عن مباني بأنواعها، والأراضي البيضاء التي تؤجر لاستغلالها.⁽¹⁾

وطبقا لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98، فإنه: "يؤجر الملك الوقفي في إطار أحكام المادة 42 من القانون 10/91... سواء كان بناء أو أرضا بيضاء أو أرضا زراعية أو مشجرة..."، ولا يستثني من ذلك إلا ما كانت طبيعته أو وضعيته القانونية تتعارض مع التأجير، أو إذا اشترط الواقف الانتفاع به بغير طريقة التأجير، ولا يجوز تأجير المسجد حتى ولو كان بحاجة إلى عمارة ولا توجد في حيازة المتولي غلة لتعميره، إذ لا يليق تأجير مكان العبادة أو الصلاة، كما لا يجوز تأجير الدار التي اشترط الواقف الانتفاع بها بطريق السكن، من قبل المستحقين، هذا ما لم تكن الدار بحاجة إلى العمارة، وقد رفض المستحقون التعمير عوض الإيجار.⁽²⁾

وفي السياق ذاته نجد أنه وبناء على تصريح من وكيل الأوقاف لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف لولاية سكيكدة، والموكلة إليه مهمة تسيير الأملاك الوقفية، أن أعيان الوقف الجائز تتميتها وتثمين عائداتها عن طريق صيغة الإيجار بالنسبة للعقارات الوقفية المبنية تنصب تركيبها عادة في السكنات، والمحلات التجارية، والحمامات، والمرشات.⁽³⁾ أين أخضع المشرع الجزائري مجال تطبيق القانون التجاري على بعض العقارات وهي:

- العمارات والمحلات التي يشغل فيها محل تجاري يباشر فيها نشاط تجاري، وكذلك المحلات والعمارات الملحقة باستغلال محل تجاري.
- الأراضي البيضاء التي شيدت عليها قبل أو بعد الإيجار بنايات قد شيدت بموافقة الجهة الوصية للوقف.

(1)-عبد الرزاق بوضياف: إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 125.

(2)-خير الدين بن مشرني: مرجع سابق، ص 174.

(3)-تصريح السيد: سفيان بلعابد، وكيل الأوقاف بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف لولاية سكيكدة، بتاريخ: 2017/02/14.

• العمارات أو المحلات الرئيسية أو الملحقة والضرورية اللازمة لمواصلة نشاط الأموال الموقوفة، شرط ألا يكون لهذا الإيجار أي تأثير على الأملاك الوقفية.

في حين أخضع المحلات السكنية لأحكام الشريعة العامة وهو القانون المدني الجزائري.⁽¹⁾

ثانياً: بدل الإيجار:

إذا كان محل التزام المؤجر تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، فإن ذلك سينشأ في مقابل ذلك التزام يقع على عائق المستأجر ألا وهو دفع بدل الإيجار.

والأصل أن يكون للمتعاقدين حرية الاتفاق على بدل الإيجار موضوع التعاقد، لكن هذا الأصل شذ عنه، إذ أن المرسوم التنفيذي رقم 381/98 السالف الذكر أخضعه لإجراءات خاصة يحدد عن طريقها، وذلك بموجب المادتين 22 و 23 منه⁽²⁾، واختار المشرع أن يحدد بدل الإيجار بإيجار المثل⁽³⁾، أي أن يكون ثمن الإيجار ثمن السوق، فلا يجوز تأجير الأملاك الوقفية بأقل من ثمن السوق، ومن أجل ضمان هذا الشرط وضع المشرع الجزائري آلية تحديد أجره المثل كسعر أدنى عن طريق الخبرة.⁽⁴⁾

ويتحدد السعر الأدنى وفق أسلوبين:

(1)-فريدة منصورى: مرجع سابق، ص15.

(2)-خير الدين بن مشرّن: مرجع سابق، ص 174.

(3)-المتفق عليه عند جمهور الفقهاء أن العين الموقوفة إذا رغب في إجارتها فإنها تؤجر بأجرة المثل، إلا أن هذا الأصل المتفق عليه ليس مطلقاً، بل إن للفقهاء على اختلاف مذاهبهم، تفصيلات فيما يخص الإجارة بأقل من أجره المثل إذا كان بغين فاحش، انظر: محمد عبيد عبد الله الكبىسى، مرجع سابق، ص 72.

(4)-نصير بن أكلى : صيغ استثمار الأموال الوقفية في القانون الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، مجلة علمية محكمة، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، العدد الخامس عشر، جوان 2016، ص 712.

أ. أسلوب القيمة الإيجارية: ففي هذا الأسلوب يتحدد السعر الأدنى بالقيمة الإيجارية، والتي هي القيمة المتوسطة التي تمثل السعر العادي لإيجار عقار ما ذي قيمة استعمال محددة في ظروف عادية. وتعتبر هذه القيمة مبدئياً متساوية عندما نكون في نفس الحي بصدد أملاك ذات شروط استغلال متشابهة (إنتاجية، قانونية، وحتى الأعباء).

ب. أسلوب القيمة التجارية: ويعتمد هذا الأسلوب على القيمة التجارية للملك الوقفي ومعامل رأس المال قصد استخراج مبلغ الإيجار، مع الإشارة إلى أن رأس المال السالف الذكر يستنتج بواسطة دراسة وتحليل السوق العقارية المحلية، وهو معدل القسمة بين القيم التجارية والقيم الإيجارية للأملاك العقارية التي لها نفس الخصائص ومحل صفقات إيجار وشراء.⁽¹⁾

مع العلم أن عملية التحديد تستوجب الأخذ بعين الاعتبار العناصر التقديرية للقيمة من عوامل مادية (الموقع، المساحة، شبكة المياه الصالحة للشرب، شبكة الكهرباء، مواد البناء المستعملة، القدم...)، وعوامل قانونية لها تأثيرها على قيمة الملك نظراً لاحتمال وجود ارتفاعات سلبية وإيجابية، لا سيما من ناحية التعمير، وعوامل اقتصادية متمثلة في الموقع وحالة السوق العقاري المحلي، والنمو الاقتصادي للناحية، وكذلك القرب من المدن الكبرى وشبكة الطرقات.⁽²⁾

ويحدد السعر النهائي بعد إجراء المزايدة والسعر المرسوم عليه هو ثمن الإيجار المعتمد. كما يمكن أن يخفض ثمن إيجار الملك الوقفي إلى أربعة أخماس الإيجار المثل إذا كان مثقلاً بدين أو لم تسجل رغبة فيه إلا بقيمة أقل من إيجار المثل، ويرجع إلى إيجار المثل متى توفرت الفرصة لذلك.⁽³⁾

(1)-خير الدين بن مشرّن: مرجع سابق، ص 175.

(2)-خير الدين بن مشرّن: مرجع سابق، ص 175.

(3)-خير الدين بن مشرّن: مرجع سابق، ص 175-176.

وفيما يخص مراجعة قيمة الإيجار الوقي فقد نصت المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 على إمكانية ذلك عند نهاية سريان عقد الإيجار الوقي أو عند تجديده، ذلك أنه في إطار السهر على السير الحسن لإدارة الأملاك الوقفية، خاصة فيما يتعلق ببيع الأملاك الوقفية، وسعيها منها لانتهاج إستراتيجية ناجحة تسمح للجميع العمل بمنهجية موحدة ومجدية، فقد تم إخضاع إيجار الأملاك الوقفية لعملية التحيين والتي تتم مراعاة لطبيعة العقار، وباستطلاع أصحاب الخبرة وكذا مراعاة لخصوصية المنطقة، على أن يكون ذلك بصفة دورية منتظمة في حدوث ثلاث سنوات لإجراء عملية التحيين، وعند كل عملية تجديد للإيجار يتم عرض السعر الجديد على شاغلي الأملاك الوقفية حتى يظلمون عليه، ويتفق الطرفان على التقيد به، وفي حالة ما إذا كان رفض للسعر الجديد، فإنه يتم اتخاذ الإجراءات القانونية قصد استرجاع الملك الوقي المستأجر وعرضه للإيجار من جديد.

ويرجع الهدف من مراجعة وتجديد قيمة الإيجار إلى مواكبة ريع الملك الوقي ومداخله للتطور الاقتصادي والاجتماعي، وأيضا مراقبة تمادي بعض الهيئات المكلفة بالأوقاف في تأجير الأملاك الوقفية بمبالغ زهيدة مقارنة بمثيلاتها خاصة المحلات التجارية.⁽¹⁾

الفرع الثاني: مدة عقد الإيجار

يعتبر عقد الإيجار من عقود المدة التي يعد فيها عنصر المدة عنصرا جوهريا، يترتب على تخلفها بطلان العقد برمته، إذ لا يصح أن يكون عقد الإيجار مؤبدا، لذلك أوجب المشرع الجزائري تحديد مدة الإيجار بالنسبة للأملاك الوقفية⁽²⁾، وإن كان يعاب عليه في

(1)-خير الدين مشرنين: مرجع سابق، ص 179.

(2)-أتجه جمهور الفقهاء إلى وجوب تحديد مدة إجارة الوقف، ولا يصح للنظر تأجيله مع إطلاق مدة الإجارة، ويعود ذلك إلى أنه إذا طالت المدة أدى ذلك إلى إندراس الوقف وخرابه، كما أن أحوال الناس متغيرة ومتطورة، وقد يزيد ذلك في أجرة الوقف أو ينقص منها، وأن إطلاق الإجارة يؤدي إلى أن يمتلك المستأجر الوقف بطول المدة، انظر: منذر عبد الكريم القضاة: أحكام الوقف، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011، ص 173-174.

مقابل ذلك عدم تحديد الحد الأقصى لمدة الإيجار الوقفي، حيث أنه وفقا للمبادئ العامة لا يمكن أن يكون الالتزام الشخصي مؤبدا، لذلك فإن تحديد المدة في عقد إيجار الأملاك الوقفية أمر ضروري مرتبط بتنظيم المشرع لنظام المال الوقفي، لأن التأجير المؤبد يؤدي إلى التصرف فيه، وهذا يتناقض مع مفهوم عقد الإيجار ذاته.⁽¹⁾

وتأسيسا على ذلك نص المشرع الجزائري في المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 على أنه: "لا يصح تأجير الملك الوقفي لمدة غير محددة". حتى ولو تم بطريق التراضي، كما أن تحديد المدة في عقد الإيجار يختلف بحسب طبيعة الملك الوقفي ونوعه.⁽²⁾

ولقد ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين ما إذا كانت العين المؤجرة من المباني أو من الأراضي والقول المعمول به فيها ألا تزيد مدة الإجارة عن سنة في الدار والحانوت، وعلى ثلاث سنين في الأراضي، إلا إذا كانت المصلحة تقتضي الزيادة في إجارة الدار والحانوت، أو النقص في إجارة الأرض.⁽³⁾

غير أن النموذج المعمول به من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف في عقود إيجار الأوقاف والذي أعدته لجنة الأوقاف بحكم صلاحيتها، نص في مادته الثانية على أن مدة إيجار الوقف بالنسبة للمحلات التجارية هي عشرون شهرا، ولا يجوز تجاوزها تفاديا للتعويض الإستحقاقى⁽⁴⁾، نتيجة تكوّن القاعدة التجارية حسب أحكام القانون التجاري.

(1)- فريدة منصوري: مرجع سابق، ص 11.

(2)-خير الدين فنطازي: نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2007، ص 132.

(3)-عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص 1424.

(4)- يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار، غير أنه ينبغي عليه فيما عدا الإستثناءات المنصوص عليها في المادة 177 وما يليها من القانون التجاري أن يسدد للمستأجر المحلي للأماكن التعويض الإستحقاقى الذي أوجب أن يكون مساويا للضرر المسبب نتيجة عدم التجديد، انظر المادة 176 من القانون التجاري.

أما فيما يتعلق بمدة تأجير الأملاك الوقفية الأخرى فلا تزيد على ثلاث سنوات، وهو ما أكدته القانون المدني في المادة 468: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

وبخصوص بدء مدة الإيجار فإنها تسري من التاريخ المتفق عليه في العقد، فإذا لم يحدد فمن تاريخ إبرامه، وينتهي عقد الإيجار الوقفي بانتهاء مدته.⁽¹⁾

المبحث الثاني: آثار عقد الإيجار وانتهائه.

عقد إيجار العقارات الوقفية المبنية كغيره من العقود، إذا استجمع واستوفى جميع أركانه وشروطه القانونية، رتب على عاتق عاقيه آثارا والتزامات هامة، هذا بالإضافة إلى انتهاءه بطرق معينة، منها ما هو متروك للقواعد العامة، ومنها ما هو منظم بقواعد خاصة.

وعليه سأحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى آثار عقد الإيجار (مطلب أول) مستعرضة في ذلك التزامات كل من مؤجر ومستأجر العقارات الوقفية المبنية، كما سأعرض لدراسة كيفية انتهاء عقد الإيجار (مبحث ثان).

المطلب الأول: آثار عقد الإيجار.

يقصد بآثار عقد الإيجار عموما تلك الالتزامات التي يرتبها عند انعقاده، مستوفيا لشروطه القانونية⁽²⁾، والتي تقع على عاتق طرفيه وهما:

مديرية الشؤون الدينية والأوقاف باعتبارها طرفا مؤجرا ممثلا في ناظر الوقف، والذي أوكلت له مهمة تمثيل الشخصية المعنوية للوقف، ويكون منوطا به تحمل كل الالتزامات التي لا تختلف في فحواها عن الالتزامات العامة المقررة لمؤجر الملك العادي.

(1)-دلالي الجيلالي:تطور قطاع الأوقاف في الجزائر وتنمية موارده، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015، ص 253.

(2)-خير الدين بن مشرّين: مرجع سابق، ص 181.

والمستأجر الذي له حق الانتفاع بالعين الموقوفة، والذي يخضع إلى قواعد عامة في القانون المدني، وأخرى خاصة مراعاة لنظام الوقف وطبيعته.

الفرع الأول: التزامات المؤجر.

تأخذ صيغة العين المؤجرة بالنسبة للعقارات الوقفية المبنية تركيبة أو طابعا معيناً، والتي عادة ما تكون، إما سكن أو محل تجاري أو حمام أو مرش...، وحتى يتمكن مستأجر العين الموقوفة من مزاوله حقه في الانتفاع، وجب على المؤجر أن يمارس في مقابل ذلك التزامه الرئيسي، والمتمثل في تمكين المستأجر من الانتفاع بالملك الوقفي المؤجر لمدة معلومة، هذا الالتزام الذي يتأسس بناء على جملة من الالتزامات الفرعية، والتي هي كالتالي:

أولاً: تسليم المستأجر الملك الوقفي وملحقاته.

وهذا ما نصت عليه المادة 12 من نموذج عقد إيجار الملك الوقفي⁽¹⁾، فيسلم هذا الملك إلى المستأجر بعد إبرام العقد، ولا يكون المؤجر قد نفذ التزامه بالتسليم تنفيذاً كاملاً، إلا إذا تسلم المستأجر الملحقات التي قد يشتمل عليها، وتحدد الملحقات بالنظر إلى طبيعتها، فمعدات الغاز، والكهرباء، والماء، والحديقة، والفناء... كلها تعتبر من ملحقات المحل السكني⁽²⁾.

كذلك الحال بالنسبة لما يلزم للانتفاع بالملك الوقفي كحقوق الارتفاق مثل حق المرور. هذا ولا يمكن حصر جميع ما يعتبر ملحقا بالشيء نظرا لتنوع واختلاف الملك الوقفي المؤجر، كما قد يتحدد ما يعتبر من الملحقات وما لا يعتبر باتفاق طرفي عقد الإيجار، فإن وجد مثل هذا الاتفاق اعتبره كذلك⁽³⁾.

(1)- انظر الملحق المتعلق بنموذج عقد إيجار الملك الوقفي.

(2)- فريدة منصورى : مرجع سابق، ص 17.

(3)-خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 182.

وإعمالاً للقواعد العامة نجد أن المشرع الجزائري قد أخضع عملية تسليم الملك الوقفي المؤجر إلى نفس الأحكام التي أخضعها لتسليم العين المؤجرة، والتي يسري عليها ما يسري على الالتزام بتسليم الشيء المبيع من أحكام⁽¹⁾.

ومن الناحية العملية والواقعية نجد أن عملية تسليم المستأجر للملك الوقفي المؤجر تتحقق بتسليمه للمفاتيح إذا كان بناية أو محل تجاري⁽²⁾. وهذا حسب ما جاء في نص المواد 8 من نموذج عقد الإيجار للملك الوقفي والتي يفهم منها أنه يتم تسليم الملك الوقفي للمستأجر تسلماً مادياً.

هذا ويمكن لكل من المؤجر والمستأجر أن يحرر محضراً بالتسليم أو بيانا وصفياً، يذكر فيه أوصاف الملك الوقفي المؤجر وملحقاته ويحيط بمشتملاته، وهو ما قضت به المادة 5 من نموذج عقد الإيجار الخاص بالملك الوقفي، والتي تنص على أن: "محتويات الملك المؤجر المبينة بالوثيقة المحررة المثبتة لحالته عند التسليم والاستلام..."، ويقوم المستأجر بالتوقيع على المحضر.

وتكمن أهمية ودور هذا المحضر أو البيان الوصفي في وصفه لحالة الملك الوقفي المؤجر، وجرّد أو حصر ما يحتويه، كما أنه يعد بالنسبة للمؤجر دليلاً مكتوباً على أنه نفذ التزامه بالتسليم.

كما أنه يمكن المؤجر من الوقوف على حالة هذا الملك المؤجر عند الرد، وما إذا كان على نفس الحالة أو اعتراه تغيير، وهو الأمر الذي دفع السلطة المكلفة بالأوقاف إلى تضمين نموذج عقد إيجار الملك الوقفي شرط الكفالة، بحيث يدفع المستأجر مبلغاً محدداً

(1)-تنص المادة 478 ق.م.ج على أنه: "يسري على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري على الالتزام بتسليم المبيع من أحكام خاصة ما تعلق منها بتاريخ ومكان تسليم الشيء المؤجر".

(2)-خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 183.

عند التوقيع على العقد مقابل وصل مخالصة يحمل إشارة "إيداع كفالة" يسلمه له المؤجر ضمانا لمحتويات الملك المؤجر المبيّنة بالوثيقة المحررة المثبتة للحالة عند التسليم والإستلام. فالمستأجر يلتزم بتقديم هذه الكفالة عند انعقاد الوقف، ويخضع تقديرها بالتراضي بين طرفي العقد، وتحدد قيمتها حسب طبيعة الوقف ونوعه وقيّمته، وعند انتهاء عقد الإيجار يردّ له مبلغ الكفالة بعد خصم مصاريف ترميم الملك الوقفي بعد المغادرة، وتعويض ما نقص من ملحقاته.(1)

ثانيا: تعهد ناظر الوقف بصلاحية الملك الوقفي للانتفاع طيلة مدة الإيجار:

بما أنّ ناظر الوقف الشّخص المؤهل شرعا وقانونا، والمنوط إليه رعاية الملك الوقفي ودرئه من كل ما يهدد بقاءه، فإنه يقع على عاتقه الالتزام بضمان بقاء وصلاحية العين المؤجرة طيلة مدة عقد الإيجار من قبل المستأجر، وذلك من خلال أعمال التحسينات والترميمات الضرورية اللازمة تماشيا مع ما هو معمول به في إطار عقد الإيجار العادي، حسب نص المادة 479 ق.م.ج.(2)

فالالتزام بصيانة العين الموقوفة المؤجرة لا يكون ثابتا في حق المؤجر تجاه الموقوف عليهم قبل إبرام عقد الإيجار فقط بل يستمر إلى ما بعد إيجار الملك الوقفي، فهو يقوم بهذا الواجب في إطار عملية التسيير المباشر للوقف، إذ يمثل الوقف كشخص معنوي، ويمثل مديرية الشؤون الدينية والأوقاف الطرف المتعاقد في هذا الإيجار وفقا للقواعد الخاصة المتعلقة بعقد الإيجار الوقفي(3).

(1)- فريدة منصوري: مرجع سابق، ص 18.

(2)- تنص المادة 479 ق.م.ج.على أنه: "يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم. ويجب عليه أن يقوم بالترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار، دون الترميمات الخاصة بالمستأجر."

(3)-خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 184.

ولقد جاء في المادة 4 من نموذج عقد الإيجار الوقفي أنه: "يتحمل المستأجر كامل أعباء الترميمات والإصلاحات الداخلية، وتكون الإصلاحات والترميمات الخارجية مناصفة بين الطرفين"⁽¹⁾.

وعليه في حالة تقصير المؤجر بالتزامه المتمثل بصيانة الملك الوقفي المؤجر، فإنه يثبت للمستأجر في مقابل ذلك مزاوله حقه في ترتيب جزاءات على المؤجر، والذي يكون مخيّراً إما في طلب الفسخ أو إنقاص ثمن الإيجار دون الإخلال بحقه في التعويض، وذلك بعد إعداره بموجب محرر قضائي⁽²⁾.

ثالثاً: الامتناع عن المساس بحقوق المستأجر في التمتع بالأماكن المؤجرة تمتعاً إرتياحياً:

إن التزامات المؤجر ليست محصورة في تسليم المستأجر للملك الوقفي المؤجر وملحقاته أو في ضمان صلاحيته قابلاً للانتفاع طيلة مدة الإيجار بصيانتته وترميمه، وإنما يتعداها لتشمل أيضاً التزامه المتمثل في تمكين المستأجر من الانتفاع الكامل بالعين المؤجرة انتفاعاً كاملاً دون انقطاع، ودون مانع يعوق الانتفاع بصورة هادئة خلال مدة الإيجار المتفق عليها في عقد الإيجار.

وهذا الضمان نوعان: ضمان التعرض، وضمان العيوب الخفية طبقاً للقواعد العامة.

فيضمن المؤجر التعرض للمستأجر في انتفاعه بالملك الوقفي سواء كان شخصياً أو قانونياً صادراً عن الغير⁽³⁾.

(1)-انظر الملحق المتضمن نموذج عقد إيجار الملك الوقفي.

(2)-خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 185.

(3)- فريدة منصوري: مرجع سابق، ص 20.

ذلك أن من يجب عليه الضمان ليس له حق التعرض، والمؤجر ملزم بضمان انتفاع المستأجر بالعقار المؤجر، ولا يجوز له التعرض للعقار، ويقع باطلا الإيجار إذا اشترط المؤجر عدم ضمان العقار لأفعاله الشخصية، وهو ضامن لجميع أفعاله سواء كانت تعرضا قانونيا أو ماديا.

كما يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في العقار المؤجر من عيوب تحول دون انتفاعه به أو تنقص الانتفاع انتقاصا كبيرا، ولا يضمن المؤجر العيب إذا كان المستأجر عالما به أو كان يعلم به وقت التعاقد.⁽¹⁾

على الرغم من خضوع هذا الالتزام للأحكام العامة في القانون المدني حسب نص المادة 483 إلا أن الجهة المؤجرة للوقف لا تضمن العيوب الخفية كون الملك الوقفي الأصل فيه أنه يؤجر عن طريق المزاد العلني، وقبول المستأجر يشمل العيوب الخفية والظاهرة فيسقط هذا الضمان الواجب على المؤجر توفيره.⁽²⁾

الفرع الثاني: التزامات المستأجر.

نظير ممارسة المستأجر حقه في الانتفاع بالملك الوقفي بشكل يحقق له الأريحية والهدوء طيلة مدة الإيجار، فإن ذلك سيرتب له في مقابل ذلك أداء التزامات معينة، منها ما هو متروك للقواعد العامة، إعمالا لنصوص القانون المدني، ومنها ما هو مقيد بنص خاص نظرا لخصوصية الملك الوقفي، وذلك حسب نموذج عقد الإيجار المعتمد من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف.

(1)- عماد الدين عكاشة: عقد الإيجار الوارد على العقار في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014، ص 44-46.

(2)- فريدة منصوري: مرجع سابق، ص 20.

أولاً: الالتزامات العامة.

جاءت المادة 7 من نموذج عقد الإيجار للملك الوقفي بمجموعة من الالتزامات، وتتمثل فيما يلي:

1- الالتزام باستعمال العين الموقوفة: ويتكون من شقين، الشق الأول الذي جاء فيه أن على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة وفقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد أو بحسب ما أعدت له⁽¹⁾، فإذا نصّ عقد الإيجار على استعمال العين الموقوفة في غرض معين دون غيره، لم يجز للمستأجر أن يستعملها في غير الغرض المعين، وإذا لم يحدد غرض الاستعمال في العقد، فإن المستأجر يلتزم باستعمال العين الموقوفة فيما أعدت له، ويستدل على ذلك إما من طبيعة الملك الوقفي، وإما من القرائن المحيطة التي تدل على غرض الاستعمال، وإما من الاستعمال السابق للعين الموقوفة.

كما يلزم المستأجر بعدم ترك العين المؤجرة دون استعمال خاصة إذا كان هذا الترك يلحق ضرراً بالمسكن أو المحل المؤجر.

أما الشق الثاني فقد تناول إلزامية الامتناع عن إحداث أي تغييرات في العين المؤجرة. ويقصد بالتغيير هنا، التغيير المادي الذي يمس عين الوقف، كإقامة بناء جديد أو إزالة ما كان موجوداً، أو تقسيم العين الموقوفة، وكل ما من شأنه أن يحول دون الانتفاع بالوقف وفق ما هو مقرر في عقد الوقف، فإن ذلك التغيير يلحق بالوقف طبقاً للمادة 25 من قانون الأوقاف رقم 10/91.

أما قيام المستأجر بالتحسينات التي يحتاجها الوقف للانتفاع به، فيدخل ضمن التزامه بالصيانة العادية للمحل المؤجر.

(1) - تنص المادة 7 من نموذج عقد الإيجار للملك الوقفي: "شغل الأماكن طبقاً للغرض المنفق عليه في العقد، وبعدم إجراء أي تحويل على المحلات والتجهيزات المؤجرة...". انظر الملحق المتضمن نموذج عقد الإيجار للملك الوقفي. كما تنص المادة 491 ق.م.ج: (يلتزم المستأجر باستعمال العين المؤجرة حسب ما وقع الاتفاق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة بحسب ما أعدت له.)

2- الالتزام بالمحافظة على العين المؤجرة: يقع على عاتق المستأجر الاعتناء بالعين المؤجرة والمحافظة عليها محافظة الرجل المعتاد، فالمستأجر ملزم بالقيام بالترميمات البسيطة لإبقاء العين المؤجرة صالحة للاستعمال، وهي ما أُصطلح على تسميته بالترميمات التأجيرية تمييزاً لها عن الترميمات الضرورية.

وهذا ما قضت به المادتين 494 و 495 ق.م.ج، فهذه الترميمات ضرورية للانتفاع بالعين، وهي بذلك تختلف عن الترميمات الضرورية لحفظ العين، حيث جرى العرف أن يقوم بها المستأجر. مثال ذلك: إصلاح البلاط والنوافذ والأبواب والمفاتيح وصنابير المياه ودهان الحيطان، إذا كان العرف يجعله من الترميمات التأجيرية⁽¹⁾.

3- الالتزام بدفع الأجرة ورد العين المؤجرة: نصت المادة 498 من القانون المدني على أنه: "يجب على المستأجر أن يقوم بدفع بدل الإيجار في المواعيد المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب الوفاء ببديل الإيجار في المواعيد المعمول بها في الجهة"، معنى ذلك أن دفع بدل الإيجار مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة هو التزام أصيل يقع على عاتق المستأجر، أين يعتبر بذلك المستأجر في عقد الإيجار الوقفي مديناً للملك الوقفي وفق ما قضت به المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98، وملزماً بدفع بدل الإيجار⁽²⁾.

كما يلتزم المستأجر عند انتهاء عقد الإيجار، برد الملك الوقفي المؤجر على الحالة التي كان عليها وقت التسلم، فإذا كان قد تسلم العين بمحضر يبين حالتها، فالعبرة تكون بذلك المحضر، فيلتزم بتسليم العين الموقوفة وملحقاتها كما تسلمها، فإن تسبب المستأجر في أي نقص يخصم من مبلغ الكفالة المقدم عند انعقاد الإيجار⁽³⁾.

(1)-عذراء عواد: عقد إيجار العقار في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013، ص204.

(2)-فنتازي خير الدين: مرجع سابق، ص 133.

(3)-سعاد لعامرة: مرجع سابق، ص 66-67.

ثانيا: الالتزامات الخاصة.

رتب عقد الإيجار الوقفي المعتمد من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف على عاتق مستأجر الوقف التزامات خاصة، حصرتها المادة 7 فيما يلي:

1. الالتزام بتسديد تكاليف الكهرباء والغاز والماء وفواتير استهلاكها.
2. الالتزام بجميع الأعباء الواردة على العقار الوقفي المؤجر، باستثناء دفع الضرائب والرسوم، تطبيقا لنص المادة 44 من القانون 91-10 التي تعفي الملك الوقفي العام من الضرائب والرسوم لكونه عملا من أعمال البر والخير.
3. الالتزام بعدم نقل القاعدة التجارية للغير مهما كانت مدة العقد، إلا بعد الموافقة الكتابية المسبقة من مدير الشؤون الدينية والأوقاف، حفاظا على الملك الوقفي.
4. الالتزام بتقديم طلب تجديد عقد الإيجار الوقفي خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من مدته وإن لم يتحقق ذلك، تطبق الأحكام الواردة في البند الرابع المذكور في المادة 7 من نموذج عقد الإيجار الوقفي المعتمد من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والذي جاء فيه: "إخلاء الملك المؤجر وتسليم مفاتيحه عند انتهاء الأجل المتفق عليه في هذا العقد وذلك طبقا لأحكام المادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في: أول مارس سنة 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري، وذلك دون إضرار ولا إخطار مسبق من المؤجر".
5. الالتزام بعدم الالتجاء إلى الإيجار من الباطن للملك الوقفي أو بجزء منه: إدراج هذا الالتزام في نموذج عقد الإيجار الوقفي المعتمد من طرف وزارة الشؤون الدينية والأوقاف يكرس عملية المحافظة على الملك الوقفي المؤجر، إذ أن الإيجار من الباطن (الإيجار الفرعي) يبرمه المستأجر الأصلي مع مستأجر فرعي، فيعتبر المؤجر من الغير بالنسبة للمستأجر الفرعي، ويظل هذا الأخير في علاقة مع المستأجر الأصلي، إذ أن مدة الإيجار من الباطن تكون مختلفة عن مدة الإيجار الأصلي، كما أن الأجرة وشروط العقد أيضا تختلف، كما أن علاقة المستأجر الأصلي بالمستأجر الفرعي تبقى المؤجر أجنبيا.

وهذا الالتزام الوارد في نموذج عقد الإيجار الوقفي المعتمد لم يتطرق إلى إمكانية إبرام عقد إيجار وقفي من الباطن في حالة وجود موافقة صريحة كتابية من السلطة المكلفة بالأوقاف، مما يؤكد حرص الوزارة الوصية على عدم اللجوء إلى مثل هذه العقود في مجال إيجار الأملاك الوقفية ولو لجزء منها. (1)

وفيما يتعلق بحق التنازل عن استغلال الأملاك الوقفية لم يتم التطرق إليه من خلال نموذج عقد الإيجار الوقفي المعتمد من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، إلا أن هذه المسألة تم استدراكها، لتصدر بذلك تعليمات ومذكرات وزارية، تنوه على حظر التنازل في إيجار الأملاك الوقفية، نظرا لما سجلته من موافقة لبعض المديريات، دون التعمق في الأسباب والمبررات، مما إنجر عنه تزايد عدد هذا النوع من المعاملات لدرجة أنها أصبحت عمليات تجارية مربحة للبعض على حساب مصلحة الوقف، وفي ذلك صدرت المذكرة رقم 01/07 بتاريخ 2007/04/16 التي حظرت حق التنازل عن إيجار الأملاك الوقفية ماعدا لصالح الأصول والفروع، وفي حالة تنازل مستأجري الأملاك الوقفية عن حقهم في الانتفاع، يتعين استرجاع هذه الأملاك وإعادة تأجيرها عن طريق المزاد العلني. (2)

6. يلتزم المستأجر باحترام القوانين والآداب العامة في مجالات النظافة و الأمن وحسن الجيرة، وفي حالة مخالفتها يفسخ العقد بقوة القانون دون أي تعويض وتقع عليه المسؤولية المدنية عما يحدث من حوادث وما يسبب من أخطار.

المطلب الثاني: انتهاء عقد الإيجار.

تعتبر المدة عنصرا جوهريا في عقد الإيجار لما لها من دور مهم من انعقاده إلى آثاره، ثم انقضاءه، حيث أن انتهاء عقد إيجار الملك الوقفي يمكن إرجاعه إما لأسباب

(1)-خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص195.

(2)-خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص195-196.

عامة تضمنها القانون المدني، فينتهي بذلك عقد الإيجار إما بانقضاء المدة المحددة فيه، أو لأسباب تطرأ عليه قبل انتهاء مدته، كما قد ينتهي عقد إيجار العقارات الوقفية المبنية وفقا لأحكام خاصة عالجها المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.

الفرع الأول: انتهاء عقد الإيجار الوقفي بانقضاء المدة المحددة.

ويعد السبب الأول والرئيسي لانتهاء عقد الإيجار، حيث ينتهي عقد الإيجار الوقفي بانتهاء مدته وفقا للأحكام العامة، أما فيما يخص تجديد عقد إيجار الملك الوقفي، فقد نصت المادة 27 من المرسوم التنفيذي 381/98 على أنه: "يجدد عقد الإيجار خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من مدته، وإن لم يتم ذلك تطبق أحكام الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني..."

وعليه فإن تجديده يكون خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من مدته، وذلك بطلب من المستأجر، فالواجب عليه أن يبدي رغبته في إعادة تجديد عقد الإيجار لصالحه خلال هذه الفترة، فإذا لم يبادر بذلك طبقت القواعد العامة المحددة في القانون المدني⁽¹⁾.

الفرع الثاني: انتهاء عقد الإيجار قبل انتهاء مدته.

تتعدد وتختلف الأسباب التي يمكن أن تكون سببا في انتهاء عقد الإيجار قبل انتهاء مدته والتي يمكن إرجاعها إما لطرفي العقد أو إلى العين المؤجرة، فقد تتدخل إرادة طرفي العقد باتفاق سابق بينهما على إنهاء عقد الإيجار، وبأخذ هذا الاتفاق وفق القواعد العامة صورا مختلفة، غير أن جميعها تؤدي إلى نفس النتيجة، ومن بين تلك الصور ما نصت عليه المادة 120 من القانون المدني وهو الفسخ الذي يكون بموجب اتفاق مسبق يتضمنه عقد الإيجار، في حالة ما إذا أخل أحد طرفي العقد بالالتزامات التي يترتبها العقد، أين يعتبر بذلك مفسوخا من تلقاء نفسه وبحكم القانون.

(1)- خير الدين بن مشرّين، مرجع سابق، ص 198.

فإخلال كل من طرفي عقد الإيجار بأحد التزاماته يؤدي إلى انتهاء عقد إيجار الوقف، خاصة المستأجر الذي يلتزم بالتزامات خاصة تجاه الوقف بالنظر إلى طبيعته كنظام قائم بذاته فإذا لم يدفع ثمن الإيجار فإن العقد يفسخ، وكذا التزامه بتسديد تكاليف إيصال الكهرباء والماء والغاز وفواتير استهلاكها.

كما يمكن أن يرجع انتهاء عقد الإيجار قبل انتهاء مدته إلى هلاك العين المؤجرة أو لفسخ العقد، وهي أسباب مستبعدة عن الاتفاق المسبق لطرفي عقد الإيجار، فهلاك وتلف العين المؤجرة كلية يعتبر من بين الأسباب المفضية إلى انقضاء عقد الإيجار قبل مدته، إذ يؤدي إلى فسخ الإيجار بقوة القانون دون حاجة إلى حكم قضائي يصدر بذلك.

فإذا هلك بسبب المستأجر أو شخص آخر معلوم، فإنه يرجع عليه ليعوض الوقف الذي هلك بوقف آخر. وإذا كان هلاك العين المؤجرة جزئياً دون خطأ من المستأجر، ولم يقم المؤجر بإصلاحها، فإنه يجوز للمستأجر أن يطالب بإنقاص بدل الإيجار أو فسخ عقد الإيجار.⁽¹⁾

هذا ويكون الفسخ عن طريق القضاء بناء على طلب من أحد المتعاقدين سواء المؤجر أو المستأجر في حالة التقصير أو الإخلال بتنفيذ الالتزامات القانونية أو العقدية، دون وجود نص خاص يقضي بذلك في العقد، أي إنعدام شرط الفسخ في العقد، وهذا ما قضت به المادة 119 ق.م.ج.

(1)-انظر المادة 481 ق.م.ج.

الفرع الثالث: انتهاء عقد الإيجار طبقا لما ورد في المرسوم التنفيذي رقم 381/98.

أخذ المرسوم التنفيذي رقم 381/98 في انقضاء عقد الإيجار بالنسبة للعقارات الوقفية المبنية مسلكا له نوع من الخصوصية مراعاة لنظام الوقف و طبيعته، مخالفا بذلك ومناقضا القواعد العامة المعمول بها في نصوص القانون المدني الجزائري، حيث نصت المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك على أنه: "يفسخ عقد الإيجار قانونا إذا توفي المستأجر ويعاد تحريره وجوبا لصالح الورثة الشرعيين للمستأجر للمدة المتبقية من العقد الأولي مع مراعاة مضمونه."

أين يكون بذلك قد خالف قاعدة انصراف العقد إلى الخلف العام، حيث جعل انتقال عقد الإيجار لصالح الورثة الشرعيين يتم وجوبا، لكن بشرط إبرام عقد إيجار جديد لاستثناء المدة المتبقية من العقد السابق الذي أبرمه المستأجر المورث، مع مراعاة الأحكام الواردة في العقد السابق.

وبهذا تكون وفاة المستأجر الذي كان طرفا في عقد الإيجار المنصب على عين وقفية معينة (سكن، محل تجاري، حمام، مصنع، نزل...) من الأسباب المفضية إلى انتهاء عقد الإيجار الوقفي قبل انتهاء مدته.⁽¹⁾

وفي هذا الصدد صدر عن الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا قرار بتاريخ 2009/01/06 يؤكد هذا المعنى في ملف يحمل رقم 501842، والذي جاء فيه أنه: "يكون عقد إيجار الملك الوقفي محدد المدة ويفسخ قانونا عند وفاة المستأجر، ويعاد تحرير عقد الإيجار وجوبا لصالح ورثة المستأجر للمدة المتبقية."⁽²⁾

(1)-خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق ص 202.

(2)-انظر: القرار رقم 501842 المؤرخ في 2009/01/06، الغرفة التجارية والبحرية، المحكمة العليا، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، الجزائر، 2009، ص 186.

الفصل الثاني: طرق استثمار العقارات الوقفية المبنية في ظل قانون الأوقاف.

بعدما انتهينا من الفصل الأول بتوضيح أحكام إيجار العقارات الوقفية المبنية في ظل المرسوم التنفيذي 381/98، فإنني سأتناول في الفصل الثاني من دراستي لعقود استثمار العقارات الوقفية المبنية والقابلة للبناء في التشريع الجزائري، طرق استثمار العقارات الوقفية المبنية في ظل القانون رقم 07/01 المعدل والمتمم للقانون رقم 10/91، ففي ظل هذا التعديل حاول المشرع الجزائري أخيرا أن يحرك ساكنا وذلك بإضفاء نوع من العصرية إلى قطاع الأوقاف، بنصه على عدة صيغ استثمارية، والتي تختلف بحسب طبيعة ونوع الملك الوقفي المراد تثميره، وتعظيم ريعه.

وفي سبيل استثمار العقارات الوقفية المبنية والقابلة للبناء، وكذا المعرضة للخراب والاندثار، أحاط المشرع الجزائري استثمارها بموجب صيغ وعقود من نوع خاص، دون الاقتصار في ذلك على طريقة الإيجار العادي، ولقد تبنى المشرع عقودا منها ما هو تقليدي مستوحى من الفقه الإسلامي، كصيغة الاستبدال، والحكر، والمرصد، ومنها ما جاء في شكل صيغ وطرق استثمار مبتكرة من الفقه المعاصر.

وسأقسم هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول أتناول فيه الطرق التقليدية لاستثمار العقارات الوقفية المبنية، أما المبحث الثاني، فأفرده للطرق الحديثة لاستثمار العقارات الوقفية المبنية.

المبحث الأول: الطرق التقليدية لاستثمار العقارات الوقفية المبنية.

تترجع الجزائر على ملايين الهكتارات والمساحات الشاسعة من الأراضي الوقفية التي تشكل ثروة اقتصادية واجتماعية ليس لها مثيل، وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى رفع راية التحدي، من خلال استحداث عقود وصيغ جديدة في ظل قانون الأوقاف المعدل والمتمم بالقانون 07/01، لاستثمار الأراضي الوقفية العامرة وكذا القابلة للبناء، دون الاقتصار والوقوف عند صيغة الإيجار العادي، أين استوحى عن الفقه الإسلامي صيغ لاستثمار الوقف مثل عقد المرصد، وعقد الحكر، والاستبدال، هذه العقود وإن كانت عند المشرع

الجزائري تظهر على أنها عقود حديثة ومبتكرة، إلا أنها تبقى بالنسبة للفقهاء الإسلامي صيغا تقليدية.

وسأقسم هذا المبحث إلى 3 مطالب: المطلب الأول: أتناول فيه عقد المرصد، والمطلب الثاني أعرض فيه لعقد الحكر، أما المطلب الثالث، فأشرح فيه الاستبدال.

المطلب الأول: عقد المرصد.

أدرج المشرع الجزائري هذا العقد كصيغة لاستثمار العقارات الوقفية القابلة للبناء وذلك من خلال المادة 26 مكرر 5 من قانون الأوقاف، لكن دون بيان أحكامه، الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لمعرفة مفهوم عقد المرصد (فرع أول)، وكذا ضوابط صحته وشروطه (فرع ثان)، والآثار المترتبة عليه (فرع ثالث).

الفرع الأول: مفهوم عقد المرصد.

يقصد بالإرصاد في اللغة: الإعداد يقال أرصد له الأمر أي أعده، أرصدت هذا المال لأداء الحقوق إذا أعدته لذلك⁽¹⁾، ويطلق على الإرصاد كذلك: الإفراز من أفرز الشيء إذا عزله وميزه، فكأنه أفرزها على ملكه⁽²⁾.

أما في الاصطلاح الفقهي، فنجده يعرف على أنه: "دين على الوقف ولا يعد عقدا إيجابيا لأمالك الوقف، بل مبلغ صرفه المستأجر أو غيره من ماله بإذن متولي الوقف أو القاضي في عمارة الوقف الضرورية لعدم وجود غلة يعمر بها"⁽³⁾ بحيث يكون ما ينفقه في البناء والتشييد دينا على الوقف سيستوفيه من أجره الوقف بالتقسيط، ويكون البناء ملكا للوقف، على أن يكون لصاحبه حق القرار في عقار الوقف، ويورث عنه، ويحق التنازل عنه،

(1)- نصير بن أكلي: مرجع سابق، ص 714.

(2)- عكرمة سعيد صبري: مرجع سابق، ص 124.

(3)- محمد الفاتح محمود بشير المغربي: تمويل واستثمار الأوقاف الإسلامية، الشركة العربية المتحدة، القاهرة، 2011، ص 151.

لآخر يأخذ دينه عنه، حيث يحل محله في العقار بإذن القاضي أو المتولّي.⁽¹⁾

في حين أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا جامعاً مانعاً لعقد المرصد، إنما اكتفى بالتنصيص عليه في المادة 6 مكرر 5، كطريق من طرق استثمار العقارات الوقفية القابلة للبناء والتي جاء فيها: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتتمى الأرض الموقوفة بعقد المرصد الذي يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها، مقابل استغلال إيرادات البناء، وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار، مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون رقم 10/91".

محيلاً بذلك دراسة وبيان أحكام هذا العقد حسب نص المادة الثانية من قانون الأوقاف إلى فقهاء الشريعة الإسلامية، كما يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري حصر وقيد عقد المرصد في الأراضي القابلة للبناء.

فحق المرصد أو ما يطلق عليه بعض الفقهاء بحق القرار هو عبارة عن صيغة تمويلية،⁽²⁾ اعتمدها الفقهاء لعمارة العقارات الوقفية المعطلة.

ويمكن لمديرية الأوقاف أن تعتمد هذه الصيغة التمويلية لعمارة عقاراتها الوقفية المعطلة، وصورته أن تتعاقد الجهة الوصية على الوقف مع شخص طبيعي أو اعتباري على أن تسلم المديرية أرض الوقف له بعد أن يحدد مكانها ومساحتها وبيان نوع النشاط الاقتصادي المراد

(1)-نزیه حماد: أساليب استثمار الأوقاف وأسس إدارتها، بحث مقدم إلى ندوة: نحو دور تنموي للوقف، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بالكويت، نشر القطاع الوقفي، الكويت، 1993، ص 172.

(2)-التمويل: تغطية مالية لتحقيق المشروع الاستثماري، وتشمل الإنفاق، والتسيير، وترشيد الإنفاق، أي التمويل في عمومه هو: "تخصيص رأس مال للحصول على وسائل إنتاجية أو تطوير الوسائل الإنتاجية بغرض زيادة الطاقة الإنتاجية". انظر: منذر قحف: مرجع سابق، ص 113.

إقامته عليها، ويتعهد المستثمر بالقيام بالمشروع الاستثماري على أرض الوقف مع مراعاة الحفاظ على أرض الوقف والبيئة. (1)

ونشير في هذا الصدد إلى أن إبرام عقد المرصد يخضع في انعقاده إلى القواعد العامة المعمول بها في سائر العقود، إذ لا بد من توافر التراخي الذي يقتضي صحته وسلامته من العيوب، بالإضافة إلى استثناء الشكلية أي الكتابة باعتباره من العقود التي تتطلب الشهر والتسجيل، وباعتباره دين على الوقف (2).

كما أن للمستأجر حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار، ليس لسلطة قررها القانون، وإنما السلطة قررها له الاتفاق المسبق، فيكون العقد بذلك شريعة المتعاقدين على أن يعود البناء وقفا للموقوف عليهم بمجرد انتهاء المدة، وذلك تطبيقاً لأحكام قانون الأوقاف رقم 10/91 الذي يلحق البناء المستحدث بالعين الموقوفة، مع بقاء الوقف قائماً شرعاً مهما كان نوع التغيير أو الاستثمار طبقاً لأحكام المادة 25 منه. (3)

الفرع الثاني: ضوابط صحة عقد المرصد.

يشترط لصحة عقد المرصد في نظر المشرع الجزائري وطبقاً لنص المادة 26 مكرر 5، من قانون الأوقاف السالف الذكر أن يتعلق التثمين بالبناء، أي أن تكون الأرض الموقوفة صالحة للبناء فقط لا غير.

(1)- عبد القادر بن عزوز: فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص 248.

(2)- فريدة منصوري: مرجع سابق، ص 48.

(3)- خير الدين موسى فنطازي: عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، الجزء الأول: الوقف، دار زهران للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2011، ص 210.

فحسب فقهاء الشريعة الإسلامية عقد المرصد لا يترتب على الملك الوقفي إلا إذا توافرت الضوابط والشروط التالية:

أولاً: إذا لم توجد غلة يعمر بها الوقف: يتم إبرام عقد المرصد عندما تكون الأرض خربة لا توجد غلة لإصلاحها، وحينئذ لا تبقى إلا هذه الطريقة التي تأتي كحل ممكن لإدارة الوقف، فإذا وجدت غلة كافية من الوقف، فلا يمكن تأجيله بطريق المرصد ويثبت ذلك بعد الخبرة والمعينة من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف بأن هذه العمارة ضرورية لهذا العقار.⁽¹⁾

ثانياً: إذا لم يوجد مستأجر للوقف بأجرة معجلة: هذا الشرط يعتبر ضروري، حيث أنه إذا وجد من يستأجره بأجرة معجلة تعمر بها عين الوقف الخربة كان ذلك أولى من إيجاره بعقد المرصد⁽²⁾.

فضلا عن ذلك يشترط لصحة عقد المرصد أن يكون سبب الدين عمارة الأعيان الموقوفة، وأن تكون العمارة ضرورية، وألا يكون هناك أي غبن في نفقات التعمير، وعلى صاحب المرصد أن يثبت أن الإصلاحات تساوي قيمة النفقات التي يدعي صرفها بتقدير جيد أو ما جرت به العادة، وأن يأذن القاضي بذلك إذا كانت قيمة الإصلاحات تزيد على إيجار ثلاث سنوات، وإذا قام المستأجر بإصلاح الوقف، وكانت العمارة غير ضرورية، فلا تعد هذه العمارة ملك للوقف، وإنما ملك للمستأجر وعليه إزالته.

كما يعد المستأجر غاصبا إذا بنى دون إجازة الناظر، إذ يجب عليه إزالة البناء إذا كان نزع لا يضر بالوقف، وإلا أمكن للناظر استبقائه مقابل أقل قيمة له، قائما كان أو مهدوما.⁽³⁾

(1)-خير الدين بن مشرني: مرجع سابق، ص 212.

(2)- عبد الكريم تقار: مرجع سابق، ص 26.

(3)- محمد الفاتح محمود بشير المغربي: مرجع سابق، ص 151.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على عقد المرصد.

تتمثل آثار عقد المرصد في ترتيب التزامات تقع على عاتق المستأجر (المرصد له)، وكذا حقوق تترتب له على الملك الوقفي.

أولاً: التزامات صاحب المرصد.

تتحصر التزامات صاحب حق المرصد في إنجاز البناء المتفق عليه على الأرض الموقوفة، إلى جانب التزامه بدفع الأجرة المتفق عليها.

1- التزام المستأجر بإنجاز البناء المتفق عليه على الأرض الموقوفة:

وهذا الالتزام ما هو إلا تحصيل حاصل لوجود ملك وقفي خرب يحتاج إلى عمارة فينفق المستأجر ماله في سبيل ذلك.

والبناء على الأرض الموقوفة المستأجرة مناط عقد المرصد في نظر المشرع الجزائري، بموجب نص المادة 26 مكرر 5، على أن يكون ذلك مقابل استغلال إيرادات البناء.⁽¹⁾

2- التزام المستأجر بدفع الأجرة:

يدفع صاحب حق المرصد أجرة يستتزل بعضها من أصل الدين، والبعض الآخر يدفع لجهة الوقف، فأصل الدين المبلغ الذي صرفه المستأجر على عمارة الوقف الذي يقره مؤجر الوقف (السلطة المكلفة بالأوقاف) في عقد المرصد.⁽²⁾

(1)- خير الدين بن مشرني: مرجع سابق، ص 214.

(2)- خير الدين بن مشرني: مرجع سابق، ص 214.

ثانيا: حقوق صاحب المرصد.

إلى جانب الالتزامات التي تترتب لصاحب المرصد، فإنه في مقابل ذلك ينشأ له ولورثته حقوقا على الملك الوقفي، والتي تتمثل فيما يلي:

1- حق صاحب المرصد في استغلال إيرادات البناء:

منحت المادة 26 مكرر 5 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، الحق لمستأجر الأرض الموقوفة عن طريق عقد المرصد بالبناء فوقها واستغلال إيرادات البناء، حيث يراعى في هذا الاستغلال نوع البناء وكذا طبيعته ومصلحة الوقف الذي تحكمه طبيعته الخيرية، فلا يجوز استغلاله بما يخالف النظام العام.⁽¹⁾

2- حق صاحب المرصد في التنازل عن حقه في استغلال إيرادات البناء:

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن حق المرصد قابل للانتقال عن طريق البيع، فإذا باع صاحب حق المرصد مرصده بإذن الناظر وقبل البدل من مشتريه قام هذا الأخير باستئجار عقار الوقف من الناظر، واشترط في ذلك المشرع الجزائري أن يكون هذا التنازل بموجب اتفاق مسبق يتم إدراجه في عقد المرصد، كما سبق بيانه.⁽²⁾

3- انتقال حق المرصد إلى الورثة: إذا مات صاحب حق المرصد، انتقل إلى ورثته باعتبار انقسامه بينهم بالضرورة، فإذا توفي صاحب حق المرصد قبل استقائه لقيمة الاستثمار انتقل هذا الحق إلى ورثته.⁽³⁾

(1)- صباح حليس: مرجع سابق، ص 46.

(2)- صباح حليس: مرجع سابق، ص 46-47.

(3)- صباح حليس: مرجع سابق، ص 47.

وينقضي عند المرصد، إما للأسباب العامة المقررة في القواعد العامة لإنهاء سائر العقود كهلاك العين الموقوفة، وإتحاد الذمة أو بالفسخ، أو لأسباب خاصة في حالة استثناء صاحب حق المرصد لقيمة استثماره على عين الوقف.⁽¹⁾

المطلب الثاني: عقد الحكر.

من بين الصيغ التقليدية المقتبسة كذلك عن الفقه الإسلامي والتي أدرجها المشرع الجزائري لاستثمار أراضي العقارات الوقفية المعطلة، صيغة الحكر هذه الصيغة نص عليها المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر 2 من قانون الأوقاف على أنه: "يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء و/ أو الغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و/ أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد، مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون رقم 10/91".

وعليه سأحاول أن أبين من خلال هذا المطلب مستندة إلى أحكام الشريعة الإسلامية المقصود بعقد الحكر (فرع أول)، وشروطه (فرع ثان)، وآثاره (فرع ثالث).

الفرع الأول: المقصود بعقد الحكر.

الحكر في اللغة، بكسر الحاء وسكون الكاف، العقار المحبوس، وجمعه أحوار، ويفتحها كل ما أحتكر. وفي اصطلاح الفقهاء يطلق على ثلاث معان:

1. العقار المحتكر نفسه، فيقال: هذا حكر فلان.

2. الإجارة الطويلة على العقار.

(1) - فريدة منصورى: مرجع سابق، ص 48.

3. الأجرة المقررة على عقار محبوس في الإجارة الطويلة ونحوها.⁽¹⁾

ويعرف الحكر على أنه حق قرار مرتب على الأرض الموقوفة بإجارة مديدة تعقد بإذن القاضي، فيدفع فيها المستحكر لجانب الوقف مبلغا معجلا يقارب قيمة الأرض، ويرتب مبلغا آخر يستوفى سنويا لجهة الوقف من المستحكر أو ممن ينقل إليه هذا الحق، على أن يكون للمستحكر حق الغرس والبناء وسائر أوجه الانتفاع، وحق الحكر هذا قابل للبيع والشراء وينتقل إلى ورثة المستحكر، والغرض من هذا العقد أن يستفاد من استثمارها.⁽²⁾

وفي هذا يقول الخير الرملي: "الاستحكار عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء أو للغرس أو لأحدهما".⁽³⁾

أين يفهم من ذلك على أن هذا العقد قد جاء استجابة للقيود التي فرضت على الإيجار العادي من حيث المدة، وكوسيلة ابتكرها الفقهاء للاستغناء على بيع الوقف واستبداله، الأمر الذي قد تعترضه صعوبات قضائية وإدارية كثيرة⁽⁴⁾. وكذا رفع التحايل المنتهج في أحكام الوقف والاستفادة من الأراضي الوقفية المعطلة عندما لا يكون ناظر الوقف قادرا على استثمارها.⁽⁵⁾

(1) - علي محي الدين القره داغي: تنمية موارد الوقف والحفاظ عليها، مجلة أوقاف، مجلة علمية محكمة، الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، العدد7، الكويت، نوفمبر 2004، ص 45.

(2) - حسن بن محمد سفر: نظارة الأوقاف و استثمار مواردها، المجلة العلمية لكلية الشريعة و القانون بطنطا، مجلة علمية محكمة، جامعة الأزهر، العدد الثالث عشر، 2001، ص17.

(3) - خالد عبد الله الشعيب: استثمار أموال الوقف، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلة علمية محكمة، جامعة المنصورة، مصر، العدد السابع والأربعون، أبريل 2010، ص 389.

(4) - منذر قحف: مرجع سابق، ص 247.

(5) - نزيه حماد: مرجع سابق، ص 175.

وبهذا يكون المشرع الجزائري من خلال نص المادة 26 مكرر²، قد جعل مسألة تثمير أراضي العقارات الوقفية العاطلة عن طريق صيغة الحكر مسألة استثنائية تقتضيها الضرورة والحاجة إذا ما دعت إلى ذلك، وذلك في حالة خراب بناء الوقف، حيث يعطل الانتفاع به كلياً ولا يتوافر للوقف ربع لأجل إعمارهِ أو في حالة ضعف الأرض الموقوفة وانعدام غلتها.⁽¹⁾

أين يكون بذلك مؤيداً لكتابات الفقهاء في الحكر والتي يلمح من سطورها حقيقتين، إحداهما أن الفقهاء أقرّوا الحكر في الوقف وأراضي بيت المال كارهين، عالمين بأنه عبء ثقيل ويتمنون ألا يكون، وثانيهما أن تقريرهم له كان تقرير الحال، واقعة رأوها ثابتة، وقد مضت عليها دهور، وتطاوت عليها أزمان.⁽²⁾

ومن هنا يمكن القول بأن طريقة تحكير عقارات الوقف ينبغي أن تعتبر طريقة استثنائية لا يصح اللجوء إليها إلا في حالات الضائقة المالية الشديدة التي تفتقر للحصول على نقود ولا يوجد أي طريقة أخرى.⁽³⁾

وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية قياساً على طريقة التحكير ابتكروا صورة الإيجاريتين، التي تعتبر عقد إجارة مديدة بإذن القاضي الشرعي على عقار الوقف المتوهن الذي يعجز ناظر الوقف عن إعادته إلى حالته من العمران السابق بأجرة معجلة، هذه الطريقة التي تختلف عن الحكر في ما يلي:

- أن يكون البناء والشجر في الحكر ملكاً للمستحكر لأنهما أنشئاً بماله الخاص.

(1)- خير الدين بن مشرّن: مرجع سابق، ص 221.

(2)- محمد أبو زهرة: الحكر، مجلة القانون والاقتصاد، مجلة علمية محكمة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة العاشرة، دار الطباعة المصرية، يناير 1940، ص 9.

(3)- حسن بن محمد سفر: مرجع سابق، ص 18.

- أما في عقد الإيجار فإن البناء والأرض ملك للوقف، لأن عقدها إنما يرد على عقار مبني متوهن يجدد تعميره من الأجرة المعجلة.(1)

الفرع الثاني: شروط انعقاد عقد الحكر.

يخضع الحكر في شروط انعقاده للقواعد العامة المقررة في سائر العقود، وذلك بتطابق الإيجاب والقبول بين السلطة المكلفة بالأوقاف والمتمثلة في ناظر الوقف كطرف مؤجر، وبين المستحكر كطرف مستأجر، بالإضافة إلى توفر العناصر الجوهرية الأخرى (المدة، العين المحتكرة، الأجرة)، غير أن هذه العناصر الجوهرية لعقد الحكر جعلته متميزا في خضوعها لأحكام خاصة.

أولاً: مدة عقد الحكر.

أغفل المشرع الجزائري تحديد المدة في عقد الحكر في نص المادة 26 مكرر2، تاركا في ذلك ثغرة وفراغا تشريعيا استوجب تداركه، حتى لا يؤدي ذلك إلى إهمال الوقف وضياعه بسبب طول المدة وانخفاض القيمة التأجيرية، مكتفيا في ذلك بقوله: "لمدة معينة"، أين يكون بذلك منح السلطة التقديرية في تحديد المدة للمتعاقدين، الهيئة المكلفة بالأوقاف (ناظر الوقف) والمستحكر، خاصة وأن الشريعة الإسلامية هي الأخرى لم تحدد مدة معينة لعقد الحكر.(2)

وعلى نقيض من ذلك حدد المشرع المصري المدة القصوى للحكر بستين (60) سنة في المادة 999 من القانون المدني، التي جاء فيها: "لا يجوز التحكير لمدة تزيد عن ستين سنة"،

(1)- حسن بن محمد سفر: مرجع سابق، ص 19.

(2)- خير الدين موسى فنطازي: عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 206، وسعاد لعمارة: مرجع سابق، ص 87.

وقد كان الحد الأقصى لمدة الحكر في المشروع التمهيدي للتقنين المدني (99 سنة)، ولكن مجلس الشيوخ خفض هذه المدة إلى ستين سنة⁽¹⁾. في حين حددها المشرع الأردني بخمسين سنة سواء عينت مدة تزيد على ذلك أو لم تعين المدة أعتبر الحكر معقودا لمدة خمسين سنة⁽²⁾.

ثانيا: أجرة عقد الحكر.

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن أجرة الأرض المحكرة لا يصح أن تقل عن مثلتها فقد قالوا: "إن أجرة أرض الحكر هي أجرة المثل لهذه الأرض خالية مما أنشأه المستأجر وما قام به من إصلاح وما دام المستأجر قائما بدفع هذه الأجرة فهو أحق بها، فإن لم يدفعها فما له عليها من سبيل، وليس له عليها من حق وتنتزع يده ويسقط ماله من حق القرار".⁽³⁾

فلا يجوز أن تكون الأجرة وقت التحكير أقل من أجرة المثل، بل إن هذه الأجرة قد تزيد وقد تنقص تبعا لزيادة أجرة المثل أو نقصه، وهذا ما يطلق عليه تصقيع الحكر، وإن كان قد وقع خلاف حوله بين الفقهاء⁽⁴⁾. كما قد تزيد وتنقص تبعا لتغير الأحوال، والعبرة في الزيادة تكون بزيادة أجرة الأرض لكثرة رغبات الناس، ولتغير حالة المكان فينظر إذا وقع البناء في الأرض بكم تستأجر بحسب موقعها، فيكون هذا أجرة المثل، فكم من أرض احتكرت في وقت كانت قيمتها ضئيلة جدا، ثم تداركها العمران وأحاطت بها المباني الشامخة من كل مكان فارتفعت لا شك قيمتها، فأجرتها ترتفع لارتفاع قيمتها.⁽⁵⁾

(1)- كايد يوسف قرعوش: حق الحكر (تحكير الأراضي الوقفية)، مجلة دراسات في علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 33، العدد 1، سنة 2006، ص 22.

(2)- منذر عبد الكريم القضاة: مرجع سابق، ص 161.

(3)- محمد أبو زهرة: مرجع سابق، ص 32.

(4)- عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص 1457 - 1458.

(5)- خير الدين بن مشرني: مرجع سابق، ص 225.

وما يعاب على المشرع الجزائري في مسألة تحديد أجره الحكر أنه قد تركها في شكل التزام يقع على عاتق المحكر، أين يكون ملزماً وقت إبرام العقد بدفع أجر مالي يعادل أو يقارب قيمة الأرض الموقوفة عند التعاقد، ويدفع إيجار سنوي دوري منتظم نظير حقه في الانتفاع الذي يخول له البناء أو الغرس أو توريثه خلال مدة العقد، والذي يكون بناء على اتفاق مسبق تم إدراجه في عقد الحكر.

كما يأخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد وقتاً لتجديد أجره عقد الحكر وهو الأمر الذي تبناه في الإيجار العادي، بموجب نص المادة 28 من المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لكيفيات إدارة الأملاك الوقفية التي ربطت ذلك بانتهاء مدة عقد الإيجار العادي وعند تجديده.⁽¹⁾

ثالثاً: التراضي في عقد الحكر.

يتحقق وجود التراضي في عقد الحكر يتطابق الإيجاب مع القبول، بين الجهة المكلفة بالأوقاف كطرف مؤجر، وطرف ثان، وهو المستثمر أو المستحكر للأرض الموقوفة.

ولما كان الحكر حقا عينيا على الوقف، وحق عيني أصلي، فإنه لا ينشأ لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا إذا استوفى إجراءات الشكلية المطلوبة وهي الكتابة الرسمية والشهر، وإلا لن يكون لعقد الحكر بالنسبة للغير من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن⁽²⁾. وهذا ما أكدت عليه المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج، والمادة 793 ق.م.ج، وكذا القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2003/11/15، المحدد لشكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية.⁽³⁾

(1)- خير الدين بن مشرّين: مرجع سابق، ص 223.

(2)- عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص 1446.

(3)- سعاد لعمارة: مرجع سابق، ص 85.

والحكر على هذا النحو لا يجوز إثباته إلا بالورقة الرسمية التي ينعقد بها، وذلك نظرا لخطورة هذا العقد على الوقف، أين يقيد بذلك في السجل الخاص بالأوقاف.

رابعاً: العين المحتكرة.

لابد أن تكون العين المحتكرة عينا موقوفة، فلا يجوز إنشاء حق الحكر على عين غير موقوفة، بل يجب فوق ذلك أن تكون مخربة أو في حاجة إلى القليل من الإصلاح، وليس لها ريع يكفي لإصلاحها، ولا يوجد من يقبل استئجارها عن طريق الإيجار العادي،⁽¹⁾ وهذا ما يفهم من نص المادة 26 مكرر 2 "... يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر...".

الفرع الثالث: آثار عقد الحكر.

نظرا لعدم تطرق المشرع الجزائري إلى آثار عقد الحكر، فإنه بالاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية، يمكن أن نستشف من خلالها، ما يترتب من حقوق والتزامات في ذمة المحتكر للأرض الموقوفة.

أولاً: حقوق المحتكر.

1. حق القرار بالبناء: متى بنى المحتكر في الأرض المحتكرة ثبت له حق القرار فيها فلا تنزع من يده.⁽²⁾
2. حق تملك ما أحدثه من بناء: من المقرر فقها أن من بنى في أرض غيره بأمره فالبناء ملكه، وإن بنى لنفسه بلا أمره فهو له، ودون حاجة إلى النص على ذلك أو

(1)- عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص 1448-1449.

(2)- منذر عبد الكريم القضاة: مرجع سابق، ص 161.

الاتفاق بشأنه⁽¹⁾. وهذا ما ورد في القانون الأردني أين يحق للمحتكر أن يتصرف في حق الحكر ذاته بالبيع والوصية، كما أن هذا الحق ينتقل إلى الورثة من بعده.⁽²⁾

3. حق التصرف في البناء: بما أن البناء ملك للمحتكر فإن له أن يتصرف في ملكه بالبيع وسائر وجوه التصرف الأخرى باعتبار ذلك أثر من آثار الملكية، سواء تم البيع لأجنبي أو للشريك في الحكر⁽³⁾.

في حين أن المشرع الجزائري جعل حق الحكر حق متفرع عن الملكية، حيث تكون رقبة الأرض المحتكرة لجهة الوقف، أما الانتفاع فللمحتكر⁽⁴⁾، أين يكون بذلك ربط هذا الحق بضرورة مراعاة نص المادة 25 من قانون الأوقاف، التي جاء فيها على أنه: "... كل تغيير يحدث بناء كان أو غرسا يلحق بالعين الموقوفة، ويبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير...".

ثانيا: التزامات المحتكر.

في مقابل المزايا والحقوق التي تمنح للمحتكر، فإنه في مقابل ذلك يتحمل الالتزامات التالية:

1. **دفع الأجرة:** يقضي عقد الحكر بأن تؤجر الأرض الموقوفة، إجارة طويلة بأجرة تتألف من مبلغين: المبلغ الأول يقارب قيمة الأرض، يأخذه المحكر وهو وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، ويدفع سنويا إشعارا بأن الأرض مأجورة وليست ملكا للمحتكر،⁽⁵⁾ وذلك طبقا لنص المادة 26 مكرر 2.

(1) كايد يوسف قرعوش: مرجع سابق، ص 22.

(2) - منذر عبد الكريم القضاة: مرجع سابق، ص 162.

(3) - كايد يوسف قرعوش: مرجع سابق، ص 22.

(4) - دلالي الجيلالي: مرجع سابق، ص 256.

(5) - كايد يوسف قرعوش: مرجع سابق، ص 23-22.

2. على المحتكر اتخاذ الوسائل اللازمة لجعل الأراضي المحكرة صالحة للاستغلال مع مراعاة الشروط المتفق عليها، وطبيعة الأرض، والغرض الذي أعدت له، وما يقضي به عرف المكان الذي تقع به أملاك الوقف وعقاراته⁽¹⁾. ويبدل عناية الرجل العادي في المحافظة عليها، ورد كل تعد يصدر من الغير عليها⁽²⁾.
وإذا لم يتم المحتكر بهذا الالتزام وجب تطبيق القواعد العامة التي تحكم العقد الملزم لجانبين، فيجوز للسلطة المكافئة بالأوقات طلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين إذا كان له ما يقتضيه⁽³⁾.

الفرع الرابع: انتهاء عقد الحكر

ينتهي عقد الحكر إما بانقضاء الأجل المحدد في العقد، وفي بعض الأحيان قبل انقضاء الأجل لأسباب خاصة بالحكر، أو لأسباب ترجع إلى القواعد العامة، كموت المحتكر قبل أن يقوم بعملية البناء، أو بزوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة كاستبدالها مثلاً، أو نزع ملكيتها للمصلحة العامة⁽⁴⁾.

أما عن الأسباب العامة التي ينتهي بها عقد الحكر، فيمكن إرجاعها إما إلى إتحاد الذمة أو هلاك العين المحكرة أو الفسخ، فإذا كان الحكر ابتداءً بغبن فاحش أو مدة إجارة غير معينة في عقده، أو أجرة مجهولة، كان الفسخ مآله كونه وقع فاسداً⁽⁵⁾.

(1)- محمد الفاتح محمود بشير المغربي: مرجع سابق، ص 148.

(2)- خالد رمول: مرجع سابق، ص 140.

(3)- خير الدين بن مشرني: مرجع سابق، ص 225-226.

(4)- هاجر كعيوش و برنية بهلول: إدارة واستثمار العقارات الوقفية في الجزائر، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012، ص 41.

(5)- خير الدين بن مشرني، مرجع سابق، ص 226.

المطلب الثالث: الاستبدال.

حفظاً للأعيان الوقفية العقارية المبنية والقابلة للبناء من احتمال تعرضها للخراب والاندثار والضياع، نص المشرع الجزائري على صيغة الاستبدال، هذه الصيغة التقليدية الاستثنائية التي ما قررت إلا لحفظ غاية ورسالة الوقف، حيث شدد المشرع الجزائري من خلال قانونه المتعلق بالأوقاف في الإتيان والعمل بها وفق ضوابط خاصة، أين يكون قد ضيق في عملية الاستبدال التي تكون أشمل وأوسع لشمولها البيع والإبدال، والاقتصار على المقايضة، هذه الأخيرة تعتبر من أنواع المعاوضة، مؤكداً ذلك في الفقرة الثانية من نص المادة 26 مكرر 6 من قانون الأوقاف: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمي الأملاك الوقفية حسب ما يأتي:

بعقد المقايضة الذي يتم بمقتضاه استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض مع مراعاة أحكام المادة 24 من القانون رقم 10/91".

أين يفهم من ذلك أن المشرع الجزائري قد أكد على فكرة الاستبدال العيني دون البيع.

وعليه سأحاول من خلال هذا المطلب الولوج إلى مفهوم الاستبدال وحكمه (فرع أول) والشروط والضوابط اللازمة لصحته (فرع ثان)، وذلك استناداً إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبار أنها السبابة في تقرير أحكام هذه الصيغة التقليدية.

الفرع الأول: مفهوم الاستبدال وحكمه.

يعتبر التصرف في أصل الملك الوقفي بطريق الاستبدال من أهم المسائل والشروط العشر التي عني الواقفون على إدراجها ضمن عقد الوقف حفاظاً على مصلحة أعيان الوقف من هاجس الضياع والخراب، سواء كانت عقارات مبنية أو غير ذلك، على ألا تنتافي شروط الواقف مع مقتضيات الوقف، وأحكامه، غير أن مسألة تمييز الأصل الوقفي العقاري بطريق الاستبدال أثارت خلافاً فقهيًا بين مؤيد ومعارض، ومضيق وموسع، إما لغلبة المصالح أو المفاسد.

وعليه سأحاول من خلال هذا الفرع بيان تعريف الاستبدال، وحالاته، وحكمه.

أولاً: تعريف الاستبدال.

الاستبدال لغة: جعل الشيء مكان شيء آخر والإبدال مثله، فلا فرق بين اللفظين في المعنى عند أهل اللغة، قال ابن منظور: "وتبدل الشيء وتبدل به واستبدله واستبدل به كله اتخذ منه بدلاً".⁽¹⁾

أما في الاصطلاح الفقهي فقد أخذ الاستبدال عدة تعاريف، والتي نذكر منها: "الاستبدال والإبدال بمعنى واحد هو نقل الوقف من عين إلى أخرى، أو بيع الموقوف وجعل آخر بدلاً منه"، أو هو: "إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها بأخذ العوض عنها بطريق المعاوضة أو بشراء عين بدل التي بيعت لتكون وقفا بدلها".⁽²⁾

ومن الناحية القانونية نجد أن المشرع الجزائري قد تجنب تعريف الاستبدال مشيراً في ذلك فقط إلى حصر الحالات التي تعوض وتستبدل فيها العين الموقوفة حسب نص المادة 25 من قانون الأوقاف 10/91. أين أخذ بصيغة الاستبدال العيني الذي يتم بموجبه مقايضة العين الموقوفة بعين أخرى تصبح وقفاً بدلاً منها، وذلك ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 26 مكرر 6 "عقد المقايضة الذي يتم بمقتضاه استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض". مبتعداً في ذلك عن الاستبدال بطريق البيع الذي يكون ببيع العين الموقوفة وتخصيص الثمن لشراء عين أخرى تصبح وقفاً.

ثانياً: حالات الاستبدال.

تختلف حالات الاستبدال عند فقهاء الشريعة الإسلامية باختلاف طبيعة ووضع العين الموقوفة في حالة ما إذا كانت خربة أو عامرة، منقولة أو عقارية وهو كذلك الأمر بالنسبة

(1)-محمد محمود الجمال: إدارة واستثمار أموال الوقف في الفقه الإسلامي وأنظمة الإدارة العامة للأوقاف القطرية، مطبوعات الإدارة العامة للأوقاف، قطر، د.س، ص 48.

(2)-تيسير أبو خشريف: استبدال ممتلكات الأوقاف، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلة علمية محكمة، المجلد 30، العدد الثاني، دمشق، 2014، 343.

للمشرع الجزائري الذي عددها في نص المادة 24 من القانون 10/91 أين جعلها على سبيل الحصر لا على سبيل المثال.

1. حالات الاستبدال في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في حكم بيع الوقف إذا تعطلت منافعه بأن كان خراباً وإبداله بغيره، وفي حكم بيع العقار الموقوف إذا قل نفعه واستبداله بما هو أكثر ريباً منه، فالوقف الذي تعطلت منافعه وخرب يصح استبداله عند الحنفية بشروط، والتي منها أن يخرج الموقوف عن الانتفاع بالكلية، وأن يكون متولي البيع هو القاضي، أما في العقار العامر الذي قل نفعه، فقد أجاز الحنفية استبداله استثناءً في حالات أربع، وهي الأرجح والمنطق عليها:

- إذا شرط الواقف الاستبدال.
- إذا غصب غاصب وأجرى عليه الماء حتى صار بحراً، فيضمن القيمة، ويشترى المتولي بها أراضٍ بدلها.
- أن يغصب الوقف غاصب، ويعجز المتولي عن استرداده، ولا بينة له على الغصب وأراد الغاصب أن يدفع قيمته أو يصالح عنه بشيء، فيلزم الواقف أن يشتري بما يأخذ عقاراً ليكون وقفاً مكان الأول.
- ألا يشترط الواقف ذلك، ولكن يمكن أن يستبدل الموقوف بما هو أنفع منه للموقوف، فيجوز للقاضي في هذه الحالة دون غيرها الاستبدال على رأي أبي يوسف.⁽¹⁾

أما الملكية فقد منعوا ذلك على الإطلاق إلا في الحالة التي يطلق عليها بالمعاوضة للمصالح العامة كتوسعة طريق، أو مسجد، أو لتوسعة المقبرة،⁽²⁾ وهو كذلك رأي الشافعية. أما الحنابلة فقد أخذوا حكم العقار من المنقول، حيث تحلوا من قيود التشديد قليلاً وتساهلوا

(1)- عبد الجليل عبد الرحمن عشوب: كتاب الوقف، دار الآفاق العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2000، ص 56.

(2)- عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه: إعمال المصلحة في الوقف، مؤسسة الريان، الطبعة الأولى، جدة، السعودية، 2005، ص 29.

في بيع الأحباس لتحل أخرى محلها، وبذلك ساروا في طريق الاستبدال خطوة أوسع من المالكية والشافعية⁽¹⁾، فالاستبدال عندهم جائز في حالة الضرورة.⁽²⁾

2. حالات الاستبدال في القانون الجزائري:

حددت المادة 24 من قانون الأوقاف 10/91 على سبيل الحصر الحالات التي يمكن اللجوء بموجبها إلى استبدال العقارات الوقفية المبنية عن طريق صيغة المقايضة، والتي بمقتضاها يتم استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض، وذلك حسب نص المادة 26 مكرر 6 في فقرتها الثانية، وهذه الحالات هي كالاتي:

- حالة تعرض الوقف للضياع أو الاندثار.
 - حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكانية إصلاحه.
 - حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.
 - حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف، وانتفاء إتيانه بنفع قط شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا له أو أفضل منه.
- على أن تثبت هذه الحالات بموجب قرار صادر عن السلطة الوصية، وذلك بعد إجراء المعاينة والخبرة.

ثالثا: حكم الاستبدال.

احتدم الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول إبدال الوقف ضمن أقوال معتبرة والتي كانت بين أخذ ورد، فمنهم من غلب المصلحة فأيده، ولكنه ضبطه، ومنهم من غلب المفساد فمنعه إلا في حالات الضرورة.

(1)-محمد عبيد عبد الله الكبيسي: مرجع سابق، ص 44.

(2)-سامي محمد الصلاحات: وسائل إعمار أعيان الوقف، مؤسسة الأوقاف وشؤون القصر بدبي نموذجا، مجلة الشريعة والقانون، مجلة علمية محكمة، كلية الحقوق، جامعة الإمارات، العدد الثاني والخمسون، الإمارات، أكتوبر 2012، ص 197.

فبالنسبة لأموال الوقف الثابتة، قد اختلفوا في حكم استبدالها، فالحنفية على اعتبار أنهم من أكثر من أجاز استبدال الوقف للمصلحة إذا تعذر الانتفاع به، فقد ذكروا ثلاث صور للاستبدال.

وتتمثل الصورة الأولى في أن يشترط الواقف الاستبدال عند خراب الوقف، وهذا عند القاضي أبو يوسف وعند محمد ابن الحسن.

أما الصورة الثانية فهي ألا يشترط الواقف الاستبدال حين الوقف، وصار الوقف بحيث لا ينتفع به بالكلية بأن كان لا يحصل منه شيء أو لا يفي بمؤنته.⁽¹⁾ في هذه الحالة لا يجوز للواقف ولا لغيره بيع الموقوف واستبدال غيره به، ولو أحسن منه، ولكن يملك القاضي عندئذ حق الاستبدال والإذن عند الضرورة بمقتضى صلاحيته العامة⁽²⁾.

أما الصورة الثالثة فهي ألا يشترط الواقف الاستبدال والوقف غير معطل وله ريع وغلة، ولكن في استبداله نفع وفائدة، والظاهر عندهم أنه لا يجوز الاستبدال في هذه الحالة.⁽³⁾

في حين أن المالكية فرقوا بين العقار والمنقول، حيث منعوا المعاوضة والاستبدال في العقار الموقوف ولو كان خراباً، وأجازوه في المنقولات التي تعد فيها مصلحة ومنفعة كبيرة، إما لتوسعة الطريق العام أو لتوسعة المسجد الجامع الذي ضاق بأهله أو لتوسعة المقبرة، وأصل منعهم لبيع الوقف يرجع إلى ثلاث أسباب والتي منها:

(1)-محمد بن إبراهيم بن علي الغامدي: التصرف في الأعيان الموقوفة بالبيع والاستبدال وتغيير الهيئة، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، مجلة علمية محكمة، جامعة الأزهر، القاهرة، العدد 23، 2008، ص18.

(2)- مصطفى أحمد الزرقا: أحكام الأوقاف، دار عمار، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1997، ص171.

(3)-عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه: مرجع سابق، ص28.

النهي الوارد في بيعه، واعتمادهم على عمل أهل المدينة، ويرون أن بقاء أحباس السلف دائرة دليل على منع ذلك، والسبب الثالث تمسكهم بقاعدة شروط الواقف كنص الشارع، فلهذا لا يجوز بيعه، لأن الواقف اشترط عدمه ولا صرفه في غير مصرفه.⁽¹⁾

أما الشافعية فقد تشددوا في الاستبدال خشية ضياع الأوقاف، فمنعوا الاستبدال في العقار الموقوف، وحبثهم في ذلك أن ما تهدم أو خرب في العقار قد يرجى عمارته.⁽²⁾

ودليلهم في ذلك هو ما جاء في حديث وقف سيدنا عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، أنه لا يباع أصله ولا يوهب ولا يورث.⁽³⁾

وبالنسبة لفقهاء الحنابلة فقد أجازوا الاستبدال حتى في المسجد، وقيدوه بوجود الضرورة، فأبي شيء يشتري بالثمن يرد على أهل الوقف بغلة جاز، وإن كان من غير جنسه، لأن الاعتبار هو للغلة في كثرتها وقلة النفقات، ولكن لا تصرف الغلات إلا على المصلحة التي حبست العين الأولى لها.⁽⁴⁾

وبهذا ننتهي إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أجازوا مبدأ استبدال العقارات الوقفية في حالات خاصة، وضمن شروط خاصة من شأنها بقاء عطائها واستقرار ثوابها، وهو ما يعرف بالمسوغ الشرعي للاستبدال، أي لا يجوز بيع الوقف إلا في الحالات التي تحفز إليها الضرورة الملحة، وتتجلى فيها مصلحة الوقف.⁽⁵⁾

(1)- عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه: مرجع سابق، ص 29-31.

(2)- عكرمة سعيد صبري: مرجع سابق، ص 270.

(3)- عماد حمدي محمد محمود: استثمار أموال الوقف وتطبيقاته المعاصرة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص 79.

(4)- وهبة الزحيلي: نظام الوقف وأحكامه الشرعية والقانونية، دار الفكر، دمشق، 2010، ص 359.

(5)- منذر عبد الكريم القضاة: مرجع سابق، ص 168.

الفرع الثاني: شروط الاستبدال.

يأتي الاستبدال ضمن الشروط العشرة التي يمكن للواقف إدراجها ضمن عقد الوقف كوسيلة وضمانة لحفظ مصلحة الملك الوقفي وتثمينه، ولتحقيق هذه الغاية المرجوة بطريق الاستبدال، يسعى فقهاء الشريعة الإسلامية الذين استقروا على جوازه إلى إحكامه ضمن ضوابط وشروط محكمة سواء تعلق الأمر بالعين الموقوفة، أو الشخص القائم بعملية الاستبدال، أو كان الأمر مرتبطاً بالبدل.

أولاً: الشروط المتعلقة بالعين الموقوفة.

إذا تعطلت منافع العقارات المبنية، كالدار إذا انهدمت أو الأرض إذا أصبحت غير صالحة للبناء، جاز بيع الوقف أو جزء من الوقف لصالح الجزء الآخر، وذلك ليبقى الوقف قائماً ويستفاد من منافعه، وذلك بيعه وصرف ثمنه في مثله، فكل ذلك ما قرر إلا تحت عنوان المصلحة التي كانت الدافع إلى استبدال الوقف إما لقلة الانتفاع بالعين الموقوفة أو لغلته الزهيدة التي لا تكفي لنفقات الأوقاف، أو لضرورة اقتضاها المنفعة العامة كتوسيع طريق أو مسجد...⁽¹⁾

أما عن المشرع الجزائري فقد اشترط في المادة 24 من قانون الأوقاف، أن تكون العين الموقوفة التي يجرى عليها الاستبدال قد تعرضت للضياع والاندثار، أو فقدت منفعتها مع عدم إمكانية إصلاحها، وأن تكون في حالة الضرورة العامة المقررة لتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام، وذلك في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، وكذا انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلاً أو أفضل منه.

(1) - تيسير أبو خشريف: مرجع سابق، ص 362-363.

وأنوه إلى أن هذه الحالات التي أقرها المشرع الجزائري في استبدال العين الموقوفة في مجملها مستوحاة عن الفقه الإسلامي، أين كانت له الأسبقية في الإقرار بها حول صحة استبدال الوقف العامر.

ثانيا: الشروط المتعلقة بالقائم بعملية الاستبدال.

لو اشترط الواقف لنفسه أو لغيره حين الوقف استبدال الموقوف لغيره، ثبت له بناء على ذلك حق تولي استبدال العين الموقوفة، غير أنه في حالة تعطل منافع العين الموقوفة وانتفاء المقصد من انتفاع الموقوف عليهم، أجاز الفقهاء الاستبدال الذي يكون قاصرا على حكم وإذن القاضي.⁽¹⁾

أما الحنابلة فيقررون أن الذي له البيع والشراء في الاستبدال إنما هو الحاكم، إذا كان لمصلحة عامة، أما إذا كان على معين، فالذي يتولى ذلك إنما هو الناظر بعد الحصول على إذن الحاكم.⁽²⁾

أما في قانون الأوقاف الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل تحديد الشخص الموكلة إليه مهمة استبدال ومقايضة الأملاك الوقفية، غير أنه وبالرجوع إلى أحكام المادة 33 من قانون الأوقاف رقم 10/91 يفهم أن ناظر الوقف باعتباره الشخص الموكل إليه مهمة تسيير الأملاك الوقفية على المستوى المحلي هو الشخص المؤهل والقائم بعملية الاستبدال.⁽³⁾

(1)- محمد محمود الجمال: مرجع سابق، ص 49.

(2)- سامي محمد الصلاحيات: مرجع سابق، ص 231.

(3)- تيسير أبو خشريف: مرجع سابق، ص 362، ومنذر عبد الكريم القضاة، مرجع سابق، ص 169.

ثالثا: الشروط المتعلقة بالبدل.

يرى القائلون بالاستبدال أنه يشترط لصحته، ألا يكون البيع فيه بغبن فاحش وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة، لأن البيع بغبن فاحش يتضمن تبرعا بجزء من الوقف، وذلك لا يملكه أحد سواء كان متوليا أم قاضيا أم غيرهم⁽¹⁾. على أن تكون العين التي أشتريت وتم الاستبدال بها أكثر خيرا وأنفع للوقف من الأولى⁽²⁾.

كما أن هناك من الفقهاء من اشترط استبدال الوقف بالعقار لا بالدرهم والدنانير، لئلا يأكلها، لأنه قلما يشتري بها الناظر بدلا.⁽³⁾

وقياسا على ما حدده الفقهاء من الغبن بالخمس في ثمن العقار وقت البيع أخذ به المشرع الجزائري هو الآخر في المادة 358 ق.م.ج والتي جاء فيها: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل". هذا إذا كان الاستبدال قد تم بطريق المقايضة فإذا أبدل المال الموقوف بآخر، فإن مال البدل ينبغي أن يكون متلائما مع المال الموقوف أصلا، وإلا اعتبر ذلك غبنا فاحشا.⁽⁴⁾

أما عن إجراءات الاستبدال فإنه لم أقف في الفقه الإسلامي ولا في القانون الجزائري في قانون الأوقاف على تنظيم هذه المسألة، خاصة في ظل عدم وضوح هذه الصيغة وعدم صدور نصوص تنظيمية تبين كيفية العمل بها.

(1)- نزيه حماد: مرجع سابق، ص 183.

(2)- دلالي الجيلالي: مرجع سابق، ص 205.

(3)- عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه: مرجع سابق، ص 29.

(4)- سعاد لعمارة: مرجع سابق، ص 44.

المبحث الثاني: الطرق الحديثة لاستثمار العقارات الوقفية المبنية.

في إطار تفعيل الدور الاقتصادي والاجتماعي للوقف، وحفظ مقاصده الإسلامية السامية، فكر المشرع الجزائري في ظل قانون الأوقاف 10/91 في بحث طرق وأساليب استثمار جديدة مستوحاة عن الفقه الإسلامي المعاصر، تكون أكثر فاعلية وحركية في مجال تنمية الأملاك الوقفية بما فيها العقارات الوقفية المبنية والقابلة للبناء، خاصة في ظل القصور والعجز الذي طغى على أساليب الاستثمار التقليدية التي لم تكون مجدية إلا في أوقات وظروف معينة، ولكي يسهم في الانفتاح الاقتصادي فتح الباب لإمكانية الاستثمار بصيغة الاستصناع الذي عبر عنه بعقد المقاولة، وحرصا منه على عدم ضياع العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار استحدث صيغتي الترميم والتعمير.

وعليه سأحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى استثمار العقارات الوقفية المبنية بعقد الاستصناع (مطلب أول)، واستثمار العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار بعقدي الترميم والتعمير (مطلب ثان).

المطلب الأول: عقد الاستصناع

يعتبر عقد الاستصناع من أنجع الأساليب التي أثبتت فاعليتها على الصعيد الدولي والتي تمكنت من إزالة الضائقة المالية التي تعانيها السيولة المالية للأوقاف عن طريق لجوء وزارة الشؤون الدينية والأوقاف إلى إبرام عقد الاستصناع أو المقاولة مع جهة ممولة تقيم بناء على أرض الوقف.

وقد أقر المشرع الجزائري صراحة بموجب الفقرة الأولى من المادة 26 مكرر 6 من قانون الأوقاف إمكانية إبرام عقد المقاولة في سبيل استثمار العقارات الوقفية المبنية والتي جاء فيها: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمي الأملاك الوقفية بعقد المقاولة سواء كان الثمن حاضرا كلية أو مجزءا"، هذا الإقرار الذي جاء منسجما مع مقتضى المادة 549 من القانون المدني وما يليها، أين أحال في ذلك المشرع الجزائري إلى الأحكام المتعلقة بالتزامات المقاول ورب العمل، وانقضاء عقد المقاولة في القانون المدني الجزائري.

فمن خلال هذا المطلب سأحاول أن أتعرض إلى تعريف عقد الاستصناع وبيان مشروعيته (فرع أول)، وأركانه وشروطه (فرع ثان)، وإعطاء صور تطبيقية للاستصناع في مجال الوقف (فرع ثالث)، وانقضاء عقد الاستصناع (فرع رابع).

الفرع الأول: تعريف الاستصناع ومشروعيته.

أخذ عقد الاستصناع في بيان مدلوله من الناحية اللغوية والاصطلاحية عند أهل الفقه الإسلامي عدّة تعاريف ومفاهيم، غير أنها كانت كلها تنصب في تعريفات متقاربة ناهيك عن الخلاف الحاصل حول جواز ومشروعية هذا العقد.

أولاً: تعريف الاستصناع.

1. تعريف الاستصناع في اللغة.

يعرف عقد الاستصناع لغة بأنه: طلب الصنعة، فالسين والتاء للطلب، يقال استصنع فلانا خاتماً إذا سأل الرجل أن يصنع له خاتماً، واستصنع الشيء، دعا إلى صنعه، والصناعة بالكسر حرفة الصانع، وعمله: الصنعة⁽¹⁾.

وجاء في المصباح المنير للفيومي ما نصه: (أصنعه) (صنعا)، والاسم (الصناعة)، و(المصنعة) بالهاء لغة، والجمع (مصانع)⁽²⁾.

(1)- عماد حمدي محمد محمود: مرجع سابق، ص 144.

(2)- ناصر أحمد إبراهيم النشوي: أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، 2005 ، ص94.

2. تعريف الاستصناع في المذاهب الأربعة:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية على مذاهبهم الأربعة في تعريف الاستصناع، فمنهم من أقر بأنه عقد له مقوماته الخاصة مما يجعله عقد مستقل، ومنهم من رأى بعدم استقلاليته، وبالتالي فهو عقد ملحق ببعض العقود كالإجارة والبيع والسلم.

أ. تعريف الاستصناع عند المالكية.

عرّف الإمام اللخمي المالكي الصانع بأنه: "المنتصب من أقام نفسه لعمل الصنعة التي أستعمل فيها بسوقها أو داره، وغير المنتصب من لم يقيم نفسه لها ولا منها معاشه."

ومقتضى الاستصناع حسب هذا التعريف هو: أن ينصب الإنسان نفسه لعمل الصنعة التي أستعمل فيها، أي تعاقد عليها، كما أن المالكية لم يفرّدوا بابا مستقلا للاستصناع، بل تحدثوا عنه في بابين رئيسيين هما باب البيع وباب السلم.⁽¹⁾

ب. تعريف الاستصناع عند الحنفية.

عرّف الحنفية الاستصناع بأنه: "عقد على بيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه الخصوص". و بهذا التعريف قال الكاساني⁽²⁾.

ومقتضى هذا التعريف أن عقد الاستصناع عند الحنفية عقد مستقل وإن كان يشبه البيع والإجارة والسلم⁽³⁾.

(1)- عبد القادر بن عزوز: مرجع سابق، ص 225.

(2)- ناصر أحمد إبراهيم النشوى: مرجع سابق، ص 103.

(3)- عبد القادر بن عزوز: مرجع سابق، ص 226.

ت. تعريف الاستصناع عند الشافعية.

الشافعية كالمالكية لم يفرّدوا للاستصناع بابا خاصا، بل ألحقوه بباب السلم حيث اهتموا بطلب الصناعات لكنهم جعلوه سلما يطبق عليه أحكامه، وعلى ذلك يمكن أن نعرف الاستصناع عند الشافعية على أنه: "عقد على مبيع في الذمة شرط في العمل".⁽¹⁾

ث. تعريف الاستصناع عند الحنابلة.

جاء في الإنصاف للمرداوي: "أنه لا يصح استصناع سلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم واقتصر عليه في الفروع". فهم بذلك لم يعرفوا عقد الاستصناع، غير أنه يعرف من مقتضى عبارتهم السابقة على أنه: "استصناع سلعة يعني يشتري منه سلعة ويطلب منه أن يصنعها له مثل أن يشتري ثوبا ليس عنده، وإنما بصيغة له بعد العقد". وبذلك فهم يلحقون عقد الاستصناع بعقد البيع والسلم.⁽²⁾

3- تعريف الاستصناع عند الفقهاء المعاصرين.

عرفه المرحوم الشيخ الزرقا بأنه: "عقد يشتري به في الحال شيء مما يصنع صنعا يلتزم البائع بتقديمه مصنوعا بمواد من عنده بأوصاف مخصوصة وبثمن محدد"⁽³⁾.

كما عرفه الأستاذ وهبة الزحيلي بأنه: "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر".⁽⁴⁾

(1)- ناصر أحمد إبراهيم النشوي: مرجع سابق، ص 104.

(2)- ناصر أحمد إبراهيم النشوي: مرجع سابق، ص 108-109.

(3)- مصطفى أحمد الزرقا: عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، السعودية، 1420هـ، ص 20.

(4)- عماد حمدي محمد محمود: مرجع سابق، ص 221.

وبناء على ما تقدم يتبين بأن عقد الاستصناع عند كثير من الفقهاء نوع من السلم لأبد أن تطبق عليه شروطه، وذهب الحنفية إلى أنه عقد مستقل، وهو الذي أقره مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة حيث نص قراره رقم 7/3/22 على أن عقد الاستصناع عقد وارد على العمل والعين في الذمة، ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط، وهو يتفق مع السلم بأنه بيع موصوف في الذمة.⁽¹⁾ ويختلف معه في أن الاستصناع لا يشترط فيه تعجيل الثمن، بل يجوز تأجيله وتقسيمه، وهو ما أعطى مرونة أكبر لا توجد في عقد السلم⁽²⁾.

ثانيا: مشروعية الاستصناع.

حاول فقهاء الشريعة الإسلامية المجيزين لعقد الاستصناع، الاستدلال بمشروعيته بأدلة شرعية ثابتة من الإجماع والمعقول.

1- من الإجماع: نقل ابن رشد الحفيد إجماع العلماء على إجارة الناس على الأفعال والأعمال المشروعة المباحة، وعقد الاستصناع جزء من الإجارة⁽³⁾.

وقال الإمام السرخسي: "إن الناس تعاملوا في الاستصناع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير".⁽⁴⁾

(1)- دلالي الجيلالي: مرجع سابق، ص 221.

(2)- سامي محمد الصلاحات: الاستثمار الوقفي، مؤتمر دبي الدولي للاستثمارات الوقفية، المنعقد من 04 إلى 06 فبراير 2008، مؤسسة الأوقاف وشؤون القصر بدبي، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 179.

(3)- عبد القادر بن عزوز: مرجع سابق، ص 227.

(4)- عماد حمدي محمد محمود: مرجع سابق، ص 146.

2- من المعقول: قد تدعوا إلى عقد الاستصناع الحاجة والضرورة الملحة إليه، لأن الإنسان قد يحتاج إلى شيء من جنس مخصوص أو نوع مخصوص ولا يجده مصنوعا فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج والشريعة تكفلت برفعه.⁽¹⁾

فالإسلام كدين عالمي ورسالة خاتمة تقوم تعاليمه ومبادئه على أسس أهمها حفظ النفس والبدن والمال وغيرها مما يسمى بحفظ الحاجيات، كل هذه تحتاج إلى أمور تعين على قضاء هذه الحاجيات، ومن المواد التي غالبا ما يحتاجها الإنسان لسد حاجياته بها المصنوعات، ولهذا شرع الاستصناع لهذا الغرض.⁽²⁾

وفي إطار ذلك أوصت الحلقة الدراسية المنعقدة بجدة أيام 1983/12/24 إلى 1984/01/5 م باعتماد صيغة تمويل الاستثمارات الوقفية بعقد الاستصناع.⁽³⁾

ولقد نص المشرع الجزائري على استثمار الأوقاف بعقد المقاوله في القانون 07/01 المعدل والمتمم للقانون 10/91 في مادته 26 مكرر 6 فقرة 01 السالفة الذكر، نظرا ليسر هذه الصيغة التمويلية عن غيرها، إذ يمكن الاستفادة من هذا العقد في بناء الأوقاف في صور كثيرة، كأن يكون لدى الأوقاف أرض تريد أن تبنيها عمارة أو سوقا تجارية، ولا تمتلك المال اللازم للبناء، فقد تتفق مع مصرف أو مؤسسة استثمارية على البناء وبصيغة الاستصناع على أن تدفع الثمن المتفق عليه للصانع شيئا فشيئا من غلات الدخل، وقد سبق للمجمع أن بحثه في دورته السادسة، وأصدر فيه قرار برقم 2/24 قاضيا بجوازه، وهي مسألة وفاقية بين أهل العلم قديما وحديثا.⁽⁴⁾

(1)- ناصر أحمد إبراهيم النشوي: مرجع سابق، ص 223.

(2)- ناصر أحمد إبراهيم النشوي: مرجع سابق، ص 260- 261.

(3)- عبد القادر بن عزوز: مرجع سابق، ص 228.

(4)- عماد حمدي محمد محمود: مرجع سابق، ص 147.

وعن المزايا التي تحققها هذه الصيغة والتي لا حصر لها، فهي توفر للمؤسسة الوقفية مؤونة القيام بالرقابة المباشرة وإدارة المشروع، خصوصا في ظل عوز المؤسسة من إطارات إدارية، وهذا واقع في العديد من المؤسسات الوقفية الناشئة، كما تضمن هذه الصيغة للمؤسسة الوقفية الحصول على ملكية هذا المشروع في نهاية المطاف بصورة واضحة. كما يعدّ بمثابة مخرج من التمويل بطريق الربا.⁽¹⁾

الفرع الثاني: أركان الاستصناع وشروطه.

يتضمن عقد الاستصناع أربعة أركان وهي كالآتي:

أولاً: العاقدان.

ويقصد بالعاقدان في عقد الاستصناع الصانع وهو من يقوم بالعمل في شيء معين، والمستصنع هو من يطلب عمل شيء معين بأوصاف معينة، وهو ما ينسجم مع المقصود الوارد في نص المادة 549 من القانون المدني الجزائري التي عرفت عقد المقاوله على أنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

فالصانع هنا يراد به الجهة الممولة والمتمثلة في البنك أو المصرف الإسلامي أي الطرف الثاني في عقد الاستصناع، والجهة الممولة بصفتها الصانع توكل مهمة تنفيذ المشاريع إلى مجموعة من المقاولين بنفس المواصفات التي تم الاتفاق عليها مع المستصنع، هذا الأخير الذي يتمثل في مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، وهو الطرف الأول في عقد الاستصناع، لأنه في عادة الأمر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف هي التي تبادر إلى إعلان رغبتها للسماح لجهة تمويلية بالبناء فوق الأرض الموقوفة⁽²⁾.

(1) - سامي محمد الصلاحيات: الاستثمار الوقفي، مرجع سابق، ص 180.

(2) - ناصر أحمد إبراهيم النشوي: مرجع سابق، ص 387.

ويشترط في كل من المتعاقدين أن يكونا كامل الأهلية، كما أضاف الفقهاء شرط العقل وشرط التعدد، لكون أن عقد الاستصناع لا ينعقد إلا من طرفين فأكثر، لأنه يستدعي صانعا وهو (العامل)، ومستصنعا وهو (الطالب)، وعليه فلا ينعقد الاستصناع من طرف واحد⁽¹⁾.

ثانيا: العمل أو المنفعة.

وهو ما عبر عنه الفقه الإسلامي بمصطلح المعقود عليه وهي العين المصنوعة، والعمل الذي يقوم به الصانع، ويشترط فيها:

1. أن يكون المراد صنعه جرى العمل على التعامل فيه، ويقصد بهذا الشرط أن يبرم عقد الاستصناع على شيء يدخل في نطاق ومجال ما يتعامل الناس به، وذلك في ضوء العرف والعادات السائدة.
2. أن تكون مشروعة الانتفاع.
3. أن يكون معلوما: وذلك ببيان جنس الموضوع، ونوعه، وقدره، وصفته.⁽²⁾

ثالثا: الأجر.

يكون الأجر في عقد الاستصناع أو المقاوله محددًا، سواء كان الثمن حاضرا كلية أو مجزءا بحسب الاتفاق، بحيث لا يشترط تعجيل الثمن بل يجوز تأجيله ودفعه في شكل أقساط، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن عقد الاستصناع فيه نوع من التيسير والمرونة في التعامل.⁽³⁾

(1)- ناصر أحمد إبراهيم النشوى: مرجع سابق، ص 399.

(2)- ناصر أحمد إبراهيم النشوى: مرجع سابق، ص 400.

(3)- ناصر أحمد إبراهيم النشوى: مرجع سابق، ص 407.

رابعاً: الصيغة.

ويقصد بالصيغة هنا ما يتحقق به العقد، وما يدل على ذلك من لفظ أو إشارة أو كتابة أو فعل كالمعاطاة أو غيرها من الوسائل الأخرى، وذلك أن يقول شخص لآخر اصنع لي كذا، فيصنع له الطرف الآخر ما طلب منه، فالصيغة بهذا المعنى تتكون من عنصرين هامين هما: الإيجاب، والقبول، فإذا تطابق الإيجاب والقبول، تم عقد الاستصناع.⁽¹⁾

وعليه متى توفرت كل هذه الأركان والشروط انعقد عقد الاستصناع صحيحاً، ورتب آثاره الشرعية، وإن كانت محل خلاف في بعض الجزئيات والتي تختلف من مدرسة فقهية لأخرى.

الفرع الثالث: الصور التطبيقية للاستصناع في مجال الوقف.

يعتبر عقد الاستصناع من العقود المسماة التي تولى المشرع الجزائري تنظيمها ودعا إليها، والتي عبر عنها بعقد المقاول، هذا العقد الذي يأخذ في مجال إعمار الأوقاف عدة صور تمكن من الاستفادة منه، والذي عادة ما يندرج في إطار التطبيق المصرفي الإسلامي المعاصر، ومن هذه الصور:

أن يكون لدى الأوقاف أرض تريد أن تبنيتها عمارة أو سوقاً تجارية لا تملك المال الكافي أو اللازم للبناء، فتتفق مع مصرف أو مؤسسة استثمارية على البناء بصيغة الاستصناع، على أن تدفع الثمن المتفق عليه للصانع شيئاً فشيئاً من غلات الدخل، وقد يزيد الثمن المؤجل على الثمن الحالي، ولا حرج في ذلك كالبيع بالتقسيط.⁽²⁾

على أن تراعي الأوقاف في تلك الأقساط المؤجلة أن تكون أقل من الأجرة المتوقعة من تأجير هذا البناء، فتكون مطمئنة أنها ستجد المال الكافي لتسديد أقساط ثمن البناء في

(1)- ناصر أحمد إبراهيم النشوى: مرجع سابق، ص 360.

(2)- عماد حمدي محمد محمود: مرجع سابق، ص 147.

المواعيد المحددة، ونتيجة ذلك تنتقل ملكية البناء إلى الأوقاف بعد إبرام عقد الشراء من المفاوض، وبذلك تصبح الأرض والبناء القائم ملكا خالصا للوقف⁽¹⁾.

كما أن هناك صورة أخرى في الاستصناع تحقق نماء وهي أن يكون لدى الأوقاف وفر مادي فاضل عن حاجة الموقوف عليهم، وكان لديها حنكة تجارية، فلها أن تنمي مال الوقف بطريقة الاستصناع عمارة أو نحو ذلك، فتقوم هي بدور المستصنع بما لديها وفر، وتحقق بذلك ربحا محققا لصالح الوقف⁽²⁾.

الفرع الرابع: آثار عقد الاستصناع وانقضاءه.

على اعتبار أن عقد الاستصناع من الصيغ التي استحدثها فقهاء الشريعة الإسلامية والذي يوازيه في قانون الأوقاف الجزائري عقد المقاول، فإنه إذا استجمع واستوفى هذا العقد جميع شروطه وأركانه انعقد صحيحا، ورتب على عاتق عاقديه جملة من الأعباء والالتزامات عالجتها نصوص القانون المدني الجزائري في المواد من 550 إلى 536. كما ينتهي عقد المقاول لأسباب معينة، تولت بيانها المواد من 566 إلى 570 من نفس القانون.

أولا: آثار عقد الاستصناع.

تتمثل آثار عقد الاستصناع في الالتزامات التي تقع على عاتق عاقديه وهما ناظر الوقف (طالب الصنعة) ممثلا لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف، والطرف الثاني وهو المفاوض (الصانع)، وإن كان في الأصل يتمثل في الجهة الممولة التي تتعاقد مع مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، غير أن هذه الأخيرة تتفق مع المقاولين لتنفيذ المشاريع بنفس المواصفات التي تم الاتفاق عليها من جهة الوقف، وعليه تتمثل التزامات طرفي عقد الاستصناع فيما يلي:

(1) - نزيه حماد: مرجع سابق، ص184.

(2) - عماد حمدي محمود: مرجع سابق، ص147.

أ. التزامات مديرية الشؤون الدينية والأوقاف (طالب الصنعة):

- تحديد طبيعة المشروع وصفاته.

- الالتزام بتسلم العمل في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات، فإذا امتنع عن ذلك تحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار.⁽¹⁾

- الالتزام بدفع الأجرة حسب الاتفاق،⁽²⁾ والتي قد تكون حاضرة كلية أو مجزأة، كما قد يتم دفعها في شكل أقساط وفق ما جاء في نص المادة 26 مكرر 6 من قانون الأوقاف.

ب. التزامات المقاول (الصانع):

- يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب أو أن يتعهد بتقديم العمل والمادة معا، وهذا ما نصت عليه المادة 550 من القانون المدني الجزائري.

- تحمل مسؤولية جودة مادة العمل وكذا ضمانها في حالة تعهده بتقديم المادة كلها أو بعضها، وهذا حسب نص المادة 551 من القانون المدني الجزائري.

- الالتزام بتقديم حساب لجهة الوقف عن الأعمال والتطورات التي تخص المشروع قيد الإنجاز في حالة ما إذا كانت جهة الوقف هي التي قدمت المادة، وأن يحرص المقاول عليها ويراعى أصول الفن في استخدامه لها، وفي حالة ما إذا كان الإهمال قد مس هذه المادة، فإنه يلزم برد قيمة هذا الشيء إلى جهة الوقف.⁽³⁾

إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف لشروط العقد جاز لجهة الوقف أن تنذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول تعينه

(1)- أنظر المادة 558 ق.م.ج.

(2)- وهذا ما نصت عليه المادة 559 ق.م.ج.

(3)- أنظر المادة 552 ق.م.ج.

له، فإذا انقضى هذا الأجل جاز لرب العمل طلب فسخ العقد، أو يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول.⁽¹⁾

ثانيا: انقضاء عقد الاستصناع

أحال المشرع الجزائري في قانون الأوقاف انقضاء عقد المقاولة إلى الأحكام والنصوص التي تضمنها القانون المدني الجزائري في المواد من 566 إلى 570 وهي كالاتي:

يمكن لجهة الوقف التحلل من عقد المقاولة وتوقيف تنفيذه في أي وقت قبل إتمام المشروع الاستثماري على أن تلتزم بتعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من عمل، وما كان سيكسبه لو أتم العمل، وهذا طبقا لنص المادة 566 ق.م.ج.

كما ينقضي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه حسب نص المادة 567 من القانون المدني الجزائري.

وينقضي أيضا بموت المقاول، وذلك إذا أخذ بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد، وإن كان الأمر خلاف ذلك، فإن العقد لا ينتهي تلقائيا ولا يجوز لجهة الوقف فسخه إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، حسب نص المادة 569 من القانون المدني الجزائري.

وفي هذه الحالة يتعين على جهة الوقف أن تدفع للتركة ما تم عن الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليها، تطبيقا لنص المادة 570 ق.م.ج.

وخلاصة القول في هذا المقام على الرغم من أن كل الصيغ الاستثمارية التي تبنها المشرع الجزائري في مجال استثمار الوقف لها مزايا وعيوب خاصة في ظل الفراغ التشريعي الذي ينظم كيفية العمل بهذه العقود، إلا أنه يبقى العمل بصيغة الاستصناع من أهم وأنجع

(1)- وهذا ما نصت عليه المادة 553 ق.م.ج

الأساليب المتاحة لاستثمار الوقف، وعلى الهيئات الموكلة إليها مهمة تسيير الأملاك الوقفية أن تبادر إلى تطبيقها في مجال استثمار أراضي العقارات الوقفية القابلة للبناء، لما تعكسه من إيجابيات خاصة في إضفاء نوع من الانتعاش إلى الريع والمردود الوقفي.

المطلب الثاني: عقد الترميم والتعمير.

في إطار سياسة النهوض بقطاع السكن بكل أنواعه، وتخفيفا للضغط على الفئة المحرومة، أقر المشرع الجزائري إمكانية استغلال وتنمية العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار بالشكل الذي يجعلها صالحة إذا ما احتاجت إلى ذلك بإحدى الطريقتين، إما بموجب عقد الترميم أو التعمير⁽¹⁾ طبقا لما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 26 مكرر 7 من قانون الأوقاف، وهذا ما يؤكد على أن المحافظة العين الموقوفة بالعناية و الرعاية هي مصدر تنمية على المدى الطويل.

الفرع الأول: مفهوم عقد الترميم والتعمير.

أولا: تعريف الترميم.

لم يعرف المشرع الجزائري الترميم مع العلم أن الترميم غير التعمير، فإذا رجعنا إلى قانون الترقية العقارية رقم 04/11 المؤرخ في 17 فيفري 2011 نجد أن المشرع عرف الترميم العقاري في المادة 03 بأنه: " كل عملية تسمح بتأهيل بنايات أو مجموع بنايات ذات طابع معماري أو تاريخي".⁽²⁾

وعليه فالترميم هو إعادة ما تهدم من البناء القديم وتصليحه وفق عمليات من البناء والإصلاح، وهو الأمر الذي يحتاج إلى اتفاق، وقد يكون الوقف بحاجة إلى عمليات الترميم

(1)- خالد رمول: مرجع سابق، ص 145.

(2)- نصير بن أكلي: مرجع سابق ص 715.

ولكن التكاليف تفوق قدرة وإيرادات ذلك الوقف، الأمر الذي دفع المشرع الجزائري بفتح الباب أمام الأفراد الذين يرغبون بالانتفاع من البناء الوقفي سواء كان سكنيا أو تجاريا وفق عملية تأجير يكون بدل الإيجار فيها هو قيام المستأجر بالإنتفاق على عمليات الترميم التي يحتاجها البناء الوقفي، مقابل خصم ما أنفقه من مبلغ الإيجار مستقبلا، وهذا ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 26 مكرر 7 بأن: "... عقد الترميم أو التعمير يدفع المستأجر بموجبه ما يقارب قيمة الترميم أو التعمير، مع خصمها من مبلغ الإيجار مستقبلا.(1)

وتجدر الإشارة إلى أن الترميمات الكبرى التي تقع على الواجهات الخاصة بالمحلات والسكنات تحتاج إلى رخصة صريحة من طرف السلطات المختصة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها(2).

ثانيا: تعريف التعمير.

لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بالتعمير في نص المادة 26 مكرر 7 من القانون رقم 07/01 ، غير أنه نص على مصطلح التعمير في القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 والمتعلق بالتهيئة والتعمير بموجب المادة 51 منه: "يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي قبل الشروع في الدراسات أن يطلب شهادة للتعمير تعين حقوقه في البناء والارتفاقات التي تخضع لها الأرض المعنية..."، وهنا يقصد بها شهادة التعمير، وهذه الأخيرة لا تسلم إلا على الأراضي غير المبنية، عكس ما ذكره المشرع في نص المادة 26 مكرر 7 المذكور أعلاه، والذي ذكر خطأ العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار، كما أنه قصد التعمير بمعنى آخر حيث أنه بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية استعمل مصطلح construction دلالة على البناء(3).

(1)- خير الدين موسى فنطازي: عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 215.

(2)- خير الدين موسى فنطازي: عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 216.

(3)- خالد رمول: مرجع سابق، ص 146.

كما يقصد بعقد التعمير قيام السلطة المكلفة بالأوقاف بإبرام عقد الإيجار مع شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص، يلتزم بموجبه المستأجر بدفع مبلغ مالي يقارب قيمة هذا التعمير على أن يخصم مبلغ الإيجار المتفق عليه من المبلغ الذي قدمه المستأجر، وعند استهلاك مبلغ التعمير يعاد تحرير عقد إيجار يخضع لأحكام القانون المدني أو التجاري، المتعلقة بإيجار المحلات السكنية والتجارية⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد الترميم والتعمير من العقود التي لا يلجأ إليها إلا عند توفر حالة الضرورة والحاجة، والتي تثبت في حالة ما إذا احتاجت الأملاك الوقفية إلى الترميم والتعمير، كما لو كان بناء الوقف خيراً ويحتاج إلى عمارة ضرورية، ولا يوجد من يستأجره ويدفع النفقات اللازمة لذلك.

ولا يترتب على هذا العقد إلا حق شخصي للمستأجر في ذمة الوقف، ولا تتغير أجرته تبعاً لتغير أجره المثل، وليس للمستأجر أي حق عيني لا على الأرض ولا على ما فوقها من بناء بل كل ذلك ملك للوقف، فما قام به صاحب هذا الحق من ترميم لا يترتب له إلا حق الدائنية، فإذا تم فسخ العقد وجب على الواقف أن يعرض المستأجر النفقات التي صرفها في العين الموقوفة، وبذلك فهو يشبه عقد المرصد من حيث أن الحق المترتب على الملك الوقفي هو دين واجب الوفاء به، ويختلف عنه من حيث أن عقد المرصد يتم بتشديد بنائة لم تكن موجودة من قبل، في حين أن عقد الترميم والتعمير يقع على صيانة وإصلاح عقارات وقفية مبنية تكون موجودة مقدماً، وليس إنشاء بنايات جديدة.⁽²⁾

الفرع الثاني: شروط إبرام عقد الترميم والتعمير.

باعتبار أن عقد الترميم والتعمير نوع من أنواع الإيجار الخاصة، فإنه يلزم لترتيبه على الوقف جملة من الشروط، وهي كالاتي:

(1) - سعاد لعمارة: مرجع سابق، ص 81.

(2) - خير الدين بن مشرني: مرجع سابق، ص 217.

أولاً: يشترط فيه وجود عقار مبني معرض للخراب والاندثار، يجب إصلاحه وترميمه وبذلك يشكل محلاً لإبرام هذا العقد، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر 7.

ثانياً: يشترط انعدام إمكانية إيجاره إيجاراً عادياً يغني عن هذا الإيجار طويل المدة.

ثالثاً: يتم اللجوء إلى هذا النوع من العقود في حالة عدم وجود مال خاص بالوقف، يؤمن به عمارة الوقف.

رابعاً: عدم إمكانية إبرام عقد الترميم والتعمير قبل الحصول على محضر معاينة تعده اللجنة الإدارية التابعة لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف التي يقع في دائرة اختصاصها الملك الوقفي، وذلك للتخفيف من حالة الاندثار والخراب.

خامساً: تكون المعاينة تحت رقابة ورئاسة وكيل الأوقاف، بالاستعانة مع المصالح المختصة بإدارة أملاك الدولة، ومديرية البناء والتعمير.

سادساً: تكون لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف صفة المؤجر، فهي من يقوم بإبرام عقد الإيجار طبقاً لنص المادة (03) من المرسوم التنفيذي رقم 2000-200 المؤرخ في 26/06/2000 المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها.

سابعاً: يجب تحديد وبيان النفقات التي تحتاجها عملية الترميم والتعمير، لأن مبلغ النفقات هو مقدار الأجرة التي كان من الواجب على المستأجر تقديمها خلال مدة الإيجار.⁽¹⁾

الفرع الثالث: آثار عقد الترميم والتعمير.

يرتب عقد الترميم والتعمير على عاتق المستأجر التزامين محوريين يتمثلان في دفع قيمة الترميم والتعمير أولاً، والتزامه بدفع الأجرة ثانياً.

(1) - صباح حليس: مرجع سابق، ص 51.

أولاً: الالتزام بدفع قيمة الترميم والتعمير:

يلتزم المستأجر بدفع مبلغ يساوي قيمة الترميم والتعمير أو ما يقاربه، وذلك لأجل إصلاح العين الموقوفة التي يشترط فيها أن تكون خراباً أو في طريق الاندثار، وتعين قيمته حسب طبيعة عقار الوقف ودرجة تخربه واندثاره.

وتحدد هذه القيمة بالتراضي بعد استطلاع رأي خبير عقاري، ويلتزم المستأجر بدفع ذلك المبلغ إلى الناظر الذي يقوم بإصلاح الوقف العام من ذلك المبلغ.⁽¹⁾

ثانياً: التزام المستأجر بدفع الأجرة:

وهو الالتزام منطقي باعتبار أن العقد هو عقد إيجار، فيلزم بدفع مبلغ الإيجار، ويكون إيجار شهرياً، على أن يخصم منه قيمة الترميم والتعمير الذي قدمه المستأجر أي أن يقبض قيمة ما قدمه مقدماً. كما أن الأجرة تكون في هذا النوع من العقود ثابتة لا تتغير عكس ما هو معمول به في الحكر.⁽²⁾

وينتهي عقد الترميم والتعمير بانتهاء مدة استهلاك الإصلاح، وقد ينتهي بتسديد الدين الذي على الوقف من طرف ناظر الوقف.⁽³⁾

(1)- تقار عبد الكريم: مرجع سابق، ص 28.

(2)- تقار عبد الكريم: مرجع سابق، ص 28.

(3)- تقار عبد الكريم: مرجع سابق، ص 28.

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع عقود استثمار أراضي العقارات الوقفية المبنية والقابلة للبناء في التشريع الجزائري توصلنا إلى النتائج التالية:

رغم تنوع العقود الاستثمارية التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون رقم 07/01 المعدل والمتمم للقانون 10/91 المتضمن قانون الأوقاف لاستثمار العقارات الوقفية المبنية والقابلة للبناء إلا أن هذه الطرق يعترتها إشكاليات فقهية وعملية.

إن المشرع الجزائري خص إيجار العقارات الوقفية المبنية بأحكام خاصة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 381/98، تختلف عن أحكام الإيجار في الملكية الخاصة، من حيث كيفية انعقاده، و طرق إبرامه، والأجرة، والمدة، والآثار المترتبة عليه، مع الإحالة إلى بعض أحكام القانون المدني بالنسبة للعقار ذو الاستعمال السكني، والقانون التجاري بالنسبة للعقار ذو الاستعمال التجاري.

يتولى تأجير العقارات الوقفية المبنية ناظر الوقف بصفته المسير المحلي للأموال الوقفية، وممثلا عن الشخصية المعنوية للوقف.

يتم تأجير العقارات الوقفية المبنية بطريقة المزايدة كقاعدة عامة، واستثناء بطريق التراضي، غير أنه من الناحية العملية نجد أنه نادرا ما يتم الانعقاد بطريق المزاد العلني.

جعل المشرع الجزائري وفاة المستأجر من الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء عقد الإيجار قبل انتهاء مدته، مع انتقال حق الإيجار إلى الورثة، ولا يتم ذلك إلا بعد تحرير عقد إيجار جديد لفائدة الورثة عن المدة المتبقية.

حاول المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الأوقاف في سنة 2001 تدارك النقص الموجود في مجال استثمار الأوقاف، فنص على طرق تقليدية لاستثمار الوقف تمثلت في عقد الحكر، والمرصد، والاستبدال، و طرق حديثة تمثلت في عقد الإستصناع، وعقد الترميم والتعمير، أي أنه لم يقتصر على التمويل الذاتي للأوقاف فقط، بل تعداه إلى الاستثمار الخارجي.

لا توجد نصوص تشريعية و تنظيمية تبين كيفية العمل بالعقود السابقة، حيث اكتفى
المشرع الجزائري بالنص عليها في قانون الأوقاف، وبالتالي يجب الرجوع إلى الشريعة
الإسلامية لمعرفة أحكامها بالتفصيل.

على الرغم من أن الاستبدال يعتبر من أهم طرق استثمار العقارات الوقفية المبنية إلا
أن المشرع الجزائري لم يوليها الاهتمام الكافي، حيث اكتفى بالنص عليه وذكر حالاته لكن
دون أن يبين إجراءاته و شروطه.

يعد عقد الاستصناع وفقا لعدة باحثين من أنجع الأساليب الحديثة التي جاء بها
المشرع الجزائري لاستثمار العقارات القابلة للبناء، والذي يتم عن طريق التمويل الخارجي
من طرف المستثمرين.

و عليه من خلال ما تم التطرق إليه يمكن أن نورد الاقتراحات التالية:

على المشرع الجزائري الاستفادة من تجارب بعض الدول العربية والإسلامية في مجال
استثمار العقارات الوقفية المبنية والقابلة للبناء.

ضرورة القيام بدراسات اقتصادية دقيقة لمعرفة أفضل صيغ الاستثمار التي تتسجم مع
طبيعة العقارات الوقفية المبنية والقابلة للبناء، و تحقق أفضل العوائد.

استحداث مصلحة على مستوى مديريات الشؤون الدينية والأوقاف في الولايات تتولى
عملية استثمار الأملاك الوقفية الموجودة فيها.

على المشرع الجزائري أن يخضع بدل الإيجار إلى التحيين بصفة دائمة، بشكل
يتماشى مع تطور الظروف الاقتصادية، وبما يكفي لصيانة العقارات الوقفية.

ملحق:

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب:

- 1_ خالد رمول: الإطار القانوني والتنظيمي للأموال الوقف في الجزائر، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006.
- 2_ خير الدين موسى فنطازي: عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، الجزء الأول: الوقف، دار زهران للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2011.
- 3_ سليمان بن جاسر بن عبد الكريم الجاسر: الوقف وأحكامه في الشريعة الإسلامية، مدار الوطن للنشر، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 2012.
- 4_ عبد الجليل عبد الرحمان عشوب: كتاب الوقف، دار الآفاق العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2000.
- 5_ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس: الإيجار والعارية، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 1963.
- 6_ عبد الرزاق بوضياف: إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي وفي القانون، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- 7_ عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه: إعمال المصلحة في الوقف، مؤسسة الريان، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2005.
- 8_ عكرمة سعيد صبري: الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دار النفائس، الطبعة الثانية، عمان، الأردن، 2011.
- 9_ عماد حمدي محمد محمود: استثمار أموال الوقف وتطبيقاته المعاصرة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2012.
- 10_ محمد الفاتح محمود بشير المغربي: تمويل واستثمار الأوقاف الإسلامية، الشركة العربية المتحدة، القاهرة، 2011.
- 11_ محمد عبيد عبد الله الكبيسي: أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الثاني، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977.
- 12_ محمد كنانة: الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، الطبعة الأولى، عين مليلة، الجزائر، 2006.

- 13_ محمد محمود جمال: إدارة واستثمار أموال الوقف في الفقه الإسلامي وأنظمة الإدارة العامة للأوقاف القطرية، مطبوعات الإدارة العامة للأوقاف، قطر، د.س.
- 14_ مصطفى أحمد الزرقا: أحكام الأوقاف، دار عمار، عمان، الأردن، 1997.
- 15_ مصطفى أحمد الزرقا: عقد الاستصناع و مدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب، جدة، السعودية، 1420هـ.
- 16_ منذر عبد الكريم القضاة: أحكام الوقف، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2011.
- 17_ منذر قحف: الوقف الإسلامي: تطوره، و إدارته، تنميته، دار الفكر، الطبعة الثانية، دمشق، سوريا، 2006.
- 18_ ناصر أحمد إبراهيم النشوي: أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 19_ وهبه الزحيلي: نظام الوقف وأحكامه الشرعية والقانونية، دار الفكر، دمشق، 2010.

ثانياً: المقالات والمدخلات:

- 1_ تقار عبد الكريم: تسيير الأملاك الوقفية في الجزائر وطرق تنميتها، منشور في موقع: www.iefpedia.com (2017/02/10)
- 2_ تيسير أبو خشريف: استبدال ممتلكات الأوقاف، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلة علمية محكمة، المجلد 30، العدد 2، دمشق، 2014.
- 3_ حسن بن محمد سفر: نظارة الأوقاف واستثمار مواردها، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، مجلة علمية محكمة، جامعة الأزهر، العدد 13، 2001.
- 4_ خالد عبد الله الشعيب: استثمار أموال الوقف، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلة علمية محكمة، جامعة المنصورة، مصر، العدد 47، أبريل 2010.
- 5_ سامي محمد الصلاحيات: وسائل إعمار أعيان الوقف، مؤسسة الأوقاف وشؤون القصر بدبي نموذجاً، مجلة الشريعة والقانون، مجلة علمية محكمة، كلية الحقوق، جامعة الإمارات، العدد 52، الإمارات، أكتوبر 2012.

- 6_ سامي محمد الصلاحيات: الاستثمار الوقفي، مؤتمر دبي للاستثمارات الوقفية، المنعقد من 04 إلى 06 فبراير 2008، مؤسسة الأوقاف و شؤون القصر بديبي، مكتبة الفلاح للنشر و التوزيع ، دبي، الإمارات العربية المتحدة ، 2008.
- 7_ علي محي الدين القرعة داغي: تنمية موارد الوقف و الحفاظ عليها، مجلة أوقاف، مجلة علمية محكمة، الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، العدد 7، الكويت، نوفمبر 2004.
- 8_ كايد يوسف قرعوش: حق الحكر (تحكير الأراضي الوقفية)، مجلة دراسات في علوم الشريعة والقانون، مجلة علمية محكمة، الجامعة الأردنية، العدد 1 ، المجلد 33، الأردن، 2006.
- 9_ محمد أبو زهرة: الحكر، مجلة القانون والاقتصاد، مجلة علمية محكمة، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، العدد 1، السنة العاشرة، دار الطباعة المصرية، يناير 1940.
- 10_ محمد بن إبراهيم بن علي الغامدي: التصرف في الأعيان الموقوفة بالبيع والاستبدال وتغيير الهيئة، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، مجلة علمية محكمة، جامعة الأزهر، العدد 23، 2008.
- 11_ نصير بن أكلي: صيغ استثمار الأموال الوقفية في القانون الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، مجلة علمية محكمة، جامعة ورقلة، العدد 15، الجزائر، جوان 2016.

ثالثا: الرسائل والمذكرات:

أ_ رسائل الدكتوراه:

- 1_ الجيلالي دلالي: تطور قطاع الأوقاف في الجزائر وتنمية موارده، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015.
- 2_ عبد القادر بن عزوز: فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2003-2004.
- ب_ مذكرات الماجستير:

- 1_ خير الدين بن مشرني: إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012.
- 2_ فنطازي خير الدين: نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2007.

ج_مذكرات الماستر:

- 1_ حليس صباح: النظام القانوني لاستثمار الأملاك الوقفية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، السنة الجامعية، 2014-2015.
- 2_ سعاد لعمارة: التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محمد الحاج، البويرة، 2013.
- 3_ عذراء عواد: عقد إيجار العقار في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2014.
- 4_ عماد الدين عكاشة: عقد الإيجار الوارد على العقار في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013.
- 5_ فريدة منصوري: عقود استثمار الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، السنة الجامعية 2013-2014.
- 6_ نسيم بن التركي: أحكام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014-2015.
- 7_ هاجر كعبوش و بهلول برنية: إدارة استثمار العقار الوقفي في الجزائر، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2012.

رابعا: القرارات القضائية:

- القرار رقم : 501842 المؤرخ في 06/01/2009 الغرفة التجارية والبحرية، المحكمة العليا، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، الجزائر، 2009.

خامسا: النصوص القانونية:

أ_ الدساتير:

- دستور الجزائر المؤرخ في 28 فبراير 1989، الجريدة الرسمية ، العدد 09، المؤرخة في 01 مارس 1989.

ب_ الأوامر و القوانين:

- _ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.
- _ الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975.
- _ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخة في 12 يونيو 1984.
- _ القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 18 نوفمبر 1990.
- _ القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 8 مايو 1991.
- _ القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 والمتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية، العدد 52، المؤرخة في 02 ديسمبر 1990.
- _ القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فيفري 2011 والمتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 06 مارس 2011.

ج_ المراسيم:

- _ المرسوم رقم: 283/64 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964 المتضمن نظام الأملاك الحبيسة العامة، الجريدة الرسمية، العدد 35، المؤرخة في 25 سبتمبر 1964.
- _ المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998، المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية، العدد 90، المؤرخة في 02 ديسمبر 1998.

سادسا: المقابلات الشخصية:

- مقابلة مع السيد: سفيان بلعابد، وكيل الأوقاف، بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف لولاية سكيكدة، بتاريخ 2017/02/14.

الصفحة	الفهرس:
1	مقدمة
5	الفصل الأول: إيجار العقارات الوقفية المبنية في ظل المرسوم التنفيذي رقم 381/98
6	المبحث الأول: انعقاد إيجار العقارات الوقفية المبنية
6	المطلب الأول: أطراف عقد الإيجار
6	الفرع الأول: مؤجر الوقف
9	الفرع الثاني: مستأجر الوقف
11	المطلب الثاني: طرق إيجار العقارات الوقفية المبنية
12	الفرع الأول: إيجار العقارات الوقفية عن طريق المزاد العلني
13	الفرع الثاني: إيجار العقارات الوقفية عن طريق التراضي
15	المطلب الثالث: المحل و المدة في عقد إيجار العقارات الوقفية المبنية
15	الفرع الأول: محل عقد الإيجار
15	أولاً: أعيان الوقف الجائز تأجيرها
17	ثانياً: بدل الإيجار
19	الفرع الثاني: مدة عقد الإيجار
21	المبحث الثاني: آثار عقد الإيجار وانتهائه
21	المطلب الأول: آثار الإيجار
22	الفرع الأول: التزامات المؤجر
22	أولاً: تسليم المستأجر الملك الوقفي وملحقاته
24	ثانياً: تعهد ناظر الوقف بصلاحية الملك الوقفي للانتفاع طيلة مدة الإيجار
25	ثالثاً: الامتناع عن المساس بحقوق المستأجر في التمتع بالأماكن المؤجرة تمتعاً إرتياحياً
26	الفرع الثاني: التزامات المستأجر
27	أولاً: الالتزامات العامة للمستأجر

29	ثانيا: الالتزامات الخاصة للمستأجر
30	المطلب الثاني: انتهاء عقد الإيجار
31	الفرع الأول: انتهاء عقد الإيجار بانقضاء المدة المحددة
31	الفرع الثاني: انتهاء عقد الإيجار قبل انتهاء مدته
33	الفرع الثالث: انتهاء عقد الإيجار طبقا لما ورد في المرسوم التنفيذي رقم 381/98
34	الفصل الثاني: طرق استثمار العقارات الوقفية المبنية في ظل قانون الأوقاف
34	المبحث الأول: الطرق التقليدية لاستثمار العقارات الوقفية المبنية
35	المطلب الأول: عقد المرصد
35	الفرع الأول: مفهوم عقد المرصد
37	الفرع الثاني: ضوابط صحة عقد المرصد
38	أولا: إذا لم توجد غلة يعمر بها الوقف
38	ثانيا: إذا لم يوجد مستأجر للوقف بأجرة معجلة
39	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على عقد المرصد
39	أولا: التزامات صاحب المرصد
40	ثانيا: حقوق صاحب المرصد
41	المطلب الثاني: عقد الحكر
41	الفرع الأول: المقصود بعقد الحكر
44	الفرع الثاني: شروط انعقاد عقد الحكر
44	أولا: مدة عقد الحكر
45	ثانيا: أجرة عقد الحكر
46	ثالثا: التراضي في عقد الحكر
47	رابعا: العين المحتكرة
47	الفرع الثالث: آثار عقد الحكر
47	أولا: حقوق المحتكر

48	ثانيا: التزامات المحنكر
49	الفرع الرابع: انتهاء عقد الحكر
50	المطلب الثالث: الاستبدال
50	الفرع الأول: مفهوم الاستبدال وحكمه
51	أولا: تعريف الاستبدال
51	ثانيا: حالات الاستبدال
53	ثالثا: حكم الاستبدال
56	الفرع الثاني: شروط الاستبدال
56	أولا: الشروط المتعلقة بالعين الموقوفة
57	ثانيا: الشروط المتعلقة بالقائم بعملية الاستبدال
58	ثالثا: الشروط المتعلقة بالبديل
59	المبحث الثاني: الطرق الحديثة لاستثمار العقارات الوقفية المبنية
59	المطلب الأول: استثمار العقارات الوقفية المبنية بعقد الاستصناع
60	الفرع الأول: تعريف الاستصناع ومشروعيته
60	أولا: تعريف الاستصناع
63	ثانيا: مشروعية الاستصناع
65	الفرع الثاني: أركان الاستصناع وشروطه
65	أولا: العاقدان
66	ثانيا: العمل والمنفعة
66	ثالثا: الأجر
67	رابعا: الصيغة
67	الفرع الثالث: الصور التطبيقية للاستصناع في مجال الوقف
68	الفرع الرابع: آثار عقد استصناع وانقضاءه
68	أولا: آثار عقد الاستصناع
70	ثانيا: انقضاء عقد الاستصناع

71	المطلب الثاني: عقد الترميم والتعمير
71	الفرع الأول: مفهوم عقد الترميم والتعمير
71	أولاً: تعريف الترميم
72	ثانياً: تعريف التعمير
73	الفرع الثاني: شروط إبرام عقد الترميم والتعمير
74	الفرع الثالث: آثار عقد الترميم والتعمير
75	أولاً: الالتزام بدفع قيمة الترميم والتعمير
75	ثانياً: التزام المستأجر بدفع الأجرة
76	خاتمة
78	ملحق
83	قائمة المراجع
88	الفهرس