

إشكالية المرجعية في تنظيم استثمار الملك الوقفي في التشريع الجزائري

عقد المزارعة انموذجا

الدكتور: خالد بوشمة

جامعة البليدة 2- الجزائر

الملخص

يتناول هذا المقال إشكالية المرجعية في تنظيم استثمار الملك الوقفي في التشريع الجزائري، وذلك أن المشرع الجزائري قد حدد هذه المرجعية في المادة 45 من القانون 01 - 07 المعدل والمتمم للقانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف في تطبيق مقاصد الشريعة في مجال الأوقاف، والتقيّد بالكيفيات التي حدّدها القانون 01 - 07، والتقيّد بالأحكام القانونية غير المخالفة للقانون 01 - 07. ولكن عند تفعيل هذه المرجعية بعناصرها الثلاث نصطدم أمام عدة معوقات عويصة، مما يحول دون استثمار الملك الوقف على أتم الوجوه. وللتدليل على صعوبة هذا التفعيل اتخذت عقدا من العقود التي اعتمدها المشرع الجزائري كأحد الأوعية العقدية للاستثمار، وهو عقد المزارعة، وتناولت ثلاثة مبادئ من مبادئ هذا العقد، والتي لم تتفق حولها أراء الفقهاء، ولا يمكن ترجيح رأي على آخر لتساوي الأدلة، وهذه المبادئ هي: طبيعة عقد المزارعة، وبأي العقود المسماة التي يمكن أن يلحق بها، ولزومها، ومن يتحمل آلات العمل التي لا يبقى أثرها في الأرض بعد انقضاء المزارعة.

RESUME :

Cet article examine le problème de la référence dans l'organisation de l'investissement du wakf dans la législation algérienne, de sorte que le législateur algérien a précisé la référence dans l'article 45 de la loi 01-07 modifiée et complétée par la loi n ° 91-10 concernant Les objectifs de l'application de la charia dans le wakf en respectant les modalités exigées par la loi 01-07, et les dispositions légales non contraires à la loi 01-07.

mais en activant ces trois éléments de référence, on se trouve confrontés par plusieurs obstacles, empêchant le bien investissement du wakf..

Pour démontrer la difficulté de cette activation j'ai pris une décennie de contrats approuvés par le législateur algérien qui est akd el mouzaraa. j'ai abordé trois principes de ce contrat, que les fukaha sont différents sur, et qu'on ne peut pas sélectionner aucun avis compte tenu de l'égalité des preuves.

Ces principes sont : la nature du contrat de mouzaraa, et de qu'els contrats peut être jointe ? et qui endure les machines de travail qui ne restent pas en vigueur après l'expiration de terres agricoles

المقدمة

لقد ظلت نظرة المشرع الجزائري للملك الوقفي نظرة خيرية استهلاكية محضة ، وذلك منذ صدور أول تشريع ينظمه ، وهو المرسوم التشريعي 283/64 المتضمن الأملاك الحبسية العامة، وتضمن هذا المرسوم 11 مادة، تناول من خلالها أنواع الأملاك الحبسية، وهي أحباس عمومية وأحباس خاصة، كما تناول أحكام الأوقاف المؤجرة، وأما عن تسيير الأملاك الحبسية العامة، فقد أوكل تسييرها إلى شخص بموجب تفويض من وزير الأوقاف، مع احتفاظ هذا الأخير بحق الرقابة والوصاية، وأما الأملاك الحبسية الخاصة، فإنها تسيير من طرف الشخص المعين من قبل الواقف أو من طرف الجمعيات والمنظمات، كما تضمن أمرا بتسليم الأوراق الثبوتية للوقف للجهة الوصية عنه قانونا، وكذا الأموال وغير ذلك من المواد المتعلقة بالوقف.

ولقد ظلت هذه النظرة باقية وراسخة في ذهن المشرع الجزائري مع توالي التشريعات التي تنظم الملك الوقفي ، إلى غاية صدور القانون رقم 01 - 07 المؤرخ في 28 صفر عام 1422 هـ الموافق 22 مايو سنة 2001 م يعدل ويتم القانون رقم 91 - 10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق 27 أبريل سنة 1991 م والمتعلق بالأوقاف، والذي بيّن كليات استثمار الأملاك الوقفية في المادة رقم 04 منه والتي تتم أحكام الفصل الرابع من القانون 91 - 10 ، وذلك بالمادة رقم 26 مكرر 1 والمادة رقم 26 مكرر 2. وهذا القانون يوضح بشكل بيّن تحرر المشرع الجزائري من النظرة الاستهلاكية المحضة للوقف، وتطلعه إلى أن يسهم الوقف في التنمية الاقتصادية والاجتماعية بصورة أكثر فعالية.

إلا أنه ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه بيّن كليات استثمار الأملاك الوقفية في هذا القانون بشكل مجمل غير مفصل ، ثم أحالت في التفاصيل في المادة رقم 05 والتي تعدل المادة رقم 45 من القانون رقم 91 - 10 إلى مقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف، وحسب الكليات التي حددها هذا القانون، والأحكام القانونية غير المخالفة له، وهذه الإحالة لها عوائق عديدة في تطبيقها ، ولا تسمح بتكوين نظرية فقهية متكاملة لعقود استثمار الملك الوقفي، وهذا ما سنبينه في هذه الدراسة.

الفرع الأول - طرق استثمار الملك الوقفي في التشريع الجزائري

إن فكرة استثمار الملك الوقفي ليست بغريبة عن المشرع الجزائري قبل صدور القانون رقم 01 - 07 المعدل والمتمم للقانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف ، إلا أنها كانت تتميز بميزتين هما :

1/ الميزة الأولى : أن طرق الاستثمار كانت ضيقة ، ومحصورة في عقد واحد ، وهو عقد الإيجار .

2/ الميزة الثانية : أن الطابع الرمزي كان يغلب على الاستثمار ، وذلك بحكم أن الأجرة كانت زهيدة ، ولم تكن تفي حتى بغرض إصلاح العين المؤجرة.

ثم بدأت نظرة المشرع الجزائري لاستثمار الملك الوقفي تتطور وتتضح ، وذلك بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 هـ الموافق أول ديسمبر سنة 1998م المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكليات ذلك ، حيث تناول هذا المرسوم بتنظيم عقد الإيجار

بتسع مواد (من المادة رقم 22 إلى المادة رقم 30). وبين هذا المرسوم كيفية التأجير ، وإجراءاته ، ومدته ، وقيمة الأجرة ومراجعتها ، وأحكام فسخ العقد وموت المستأجر .

واكتملت النظرة الاستثمارية للمشروع الجزائري تجاه الملك الوقفي بصدر القانون رقم 01 - 07 المعدل والمتمم للقانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف ، حيث نصّ على الأوعية العقدية التي تحوى استثمار الملك الوقف ، وهي بحسب تصنيفها كما يلي :

أولا : عقود استثمار الأراضي الفلاحية الوقفية : وهي العقود التي تستثمر بها الأراضي الصالحة للفلاحة ، ومصنفة كذلك ، وهي ثلاثة عقود على حسب البيان التالي :

1/ عقد المزارعة : عرف المشرع الجزائري عقد المزارعة في المادة رقم 04 من القانون رقم 01 - 07 المعدل والمتمم للقانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف ، والتي أتمت المادة رقم 26 من القانون 91 - 10 المتعلق بالأوقاف بالمادة رقم 26 مكرّر 1 والتي نصّت على ما يلي : «عقد يتم بموجبه إعطاء الأرض للمزارع من أجل استغلالها مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد».

2/ عقد المساقاة : عرف المشرع الجزائري عقد المساقاة في المادة رقم 04 من القانون رقم 01 - 07 المعدل والمتمم للقانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف ، والتي أتمت المادة رقم 26 من القانون 91 - 10 المتعلق بالأوقاف بالمادة رقم 26 مكرّر 1 ، والتي نصّت على ما يلي : «إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من ثمره».

3/ عقد الحكر : وعرف المشرع الجزائري عقد المساقاة في المادة رقم 04 من القانون رقم 01 - 07 المعدل والمتمم للقانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف ، والتي أتمت المادة رقم 26 من القانون 91 - 10 المتعلق بالأوقاف بالمادة رقم 26 مكرّر 2 ، والتي نصّت على ما يلي : «يُخصّص جزء من الأرض العاطلة للبناء و/أو للغرس 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». وهذا العقد يستثمر به الملك الوقفي إذا كان هذا الملك أرضا عاطلة.

ثانيا : عقود استثمار الأراضي الوقفية الصالحة للبناء : وهي العقود التي تستثمر بها الأراضي الوقفية للبناء عليها ، وهي عقدان على حسب البيان التالي :

1/ عقد المرصد : عرف المشرع الجزائري عقد المرصد في المادة رقم 04 من القانون رقم 01 - 07 المعدل والمتمم للقانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف ، والتي أتمت المادة رقم 26 من القانون 91 - 10 المتعلق بالأوقاف بالمادة رقم 26 مكرّر 5 ، والتي نصّت على ما يلي : «استئجار الأرض للبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء».

2/ عقد المقاولّة : نصّت المادة رقم 04 من القانون رقم 01 - 07 المعدل والمتمم للقانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف ، والتي أتمت المادة رقم 26 من القانون 91 - 10 المتعلق بالأوقاف بالمادة رقم

26 مكرر 6 ، والتي نصّت على عقد المقاوله كأحد الأوعية العقدية لاستثمار الملك الوقفي ، وأحالت في تفاصيل هذا العقد إلى أحكام المادة 549 وما بعدها من الأمر 58/75 المؤرخ في 29 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني ، وبالرجوع إلى نصّ المادة 549 من هذا الأمر ، نجد أنّها عرّفت عقد المقاوله بأنه : «عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

ثالثا : عقود استثمار المباني الوقفية : وهي العقود التي تستثمر بها العقارات المبنية التابعة للأمولاك الوقفية ، وهذه العقود هي بالإضافة إلى عقد الإيجار الذي نظمته المواد رقم 22 إلى غاية المادة رقم 30 من المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك ، بالإضافة إلى ذلك هناك عقدان ، وذلك على حسب البيان التالي :

1/ عقد المقايضة : عرف المشرع الجزائري عقد المقايضة في المادة رقم 04 من القانون رقم 01 - 07 المعدل والمتمم للقانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف ، والتي أتمت المادة رقم 26 من القانون 91 - 10 المتعلق بالأوقاف بالمادة رقم 26 مكرر 6 ، والتي نصّت على ما يلي : «استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض».

2/ عقد الترميم أو التعمير : عرف المشرع الجزائري عقد الترميم أو التعمير في المادة رقم 04 من القانون رقم 01 - 07 المعدل والمتمم للقانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف ، والتي أتمت المادة رقم 26 من القانون 91 - 10 المتعلق بالأوقاف بالمادة رقم 26 مكرر 7 ، والتي مضمونها ما يلي : «أن يقوم المستأجر بترميم العقار الوقفي المبني المعرض للخراب ، على أن يخصم تكاليف ذلك الترميم من مبلغ الإيجار مستقبلا».

وما يلاحظ على هذه العقود المنصوص عليها أمران :

الأمر الأول : أن المشرع الجزائري أغفل بعض العقود الهامة لكي تكون وعاءً عقديا لاستثمار الملك الوقفي، وعلى سبيل المثال عقد المغارسة على وجه الجعالة أو الإجارة ، فإن من الأوعية العقارية الوقفية ما لا تصلح أن تستثمر إلا بمثل هذا العقد، كالأراضي الجبيلة التي لا يمكن استغلالها إلا بالتشجير.

وقد يعترض على هذه الملاحظة بأن المشرع الجزائري إنما أورد هذه العقود الثمانية المنصوص عليها على سبيل المثال وليس الحصر.

ويُرد على هذا الاعتراض بأنّ المشرع الجزائري قد أغلق الباب أمام الاستثمار بأي عقد خارج هذه العقود الثمانية، وذلك حين اشترط في الاستثمار التقيد بالكيفيات التي حدّدها القانون 01 - 07، وهذا القانون قد نص على هذه العقود الثمانية دون غيرها.

الأمر الثاني : أنّ بعض هذه العقود الثمانية لا تنطبق عليها الصفة الاستثمارية ، وإن كان المشرع الجزائري وصفها بذلك ، مثل عقد المقاوله وعقد المقايضة.

الفرع الثاني : مرجعية استثمار الملك الوقفي في التشريع الجزائري

إنّ المشرع الجزائري لما حدد الأوعية العقدية لاستثمار الملك الوقفي في القانون 01 - 07 المعدل والمتمم للقانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف، اكتفى بتعريف هذه العقود فقط ، ثم أحال في المادة 45 من هذا القانون في تفاصيل هذه العقود إلى مرجعيات محددة ، وهي :

- تطبيق مقاصد الشريعة في مجال الأوقاف.
- التقيد بالكيفيات التي حددها القانون 01 - 07.
- التقيد بالأحكام القانونية غير المخالفة للقانون 01 - 07.

أولا : تطبيق مقاصد الشريعة في مجال الأوقاف : والمقصود من هذه المرجعية أنه لا بدّ أن يتقيد في مجال استثمار الملك الوقفي بالمقاصد الشرعية التي تحكم التصرف في الأوقاف ، ولا يمكن أن يُلجأ إلى أيّ عقد فيه هدم لأي مقصد من هذه المقاصد الخاصة، ومن هذه المقاصد ما هو محل اتفاق بين المذاهب الفقهية كمقصد النفع العام وأولويته على النفع الخاص، ومقصد الحصانة وعدم التصرف فيه سواء بعوض أو بغير عوض ، ومقصد الاستثمار وعدم التعطيل، ومنها ما هو محل اختلاف كمقصد التنجيز ، ومقصد التأبيد.

وما يلاحظ على هذه المرجعية الأولى؛ أنّها وردت بصيغة مقاصد ، ولم ترد بصيغة أحكام، وبذلك قد تخلص المشرع الجزائري من تفرعات الأحكام التي تشعبت فيها الآراء بشكل كبير ، وغالبا هي مسائل اجتهادية وأدلتها ظنية ، إلاّ أنّه اكتفى بإيراد لفظ "مقاصد الشريعة" مطلقا من غير تقييد ، مما يجعل الفقيه والقاضي في حيرة من أمره ، أي مقاصد الشريعة المقصودة ، هل التي هي التي محل إجماع بين الفقهاء أم لا؟ وهل يتقيد بمذهب من المذاهب الفقهية ، كما هو متعارف عليه في الأحوال الشخصية؟ وعند التقيد بمذهب من المذاهب ، فبأي الآراء يؤخذ في حال تعدد الآراء داخل ذلك المذهب.

ثانيا : التقيد بالكيفيات التي حددها القانون 01 - 07 : والمقصود من هذه المرجعية أنه لا بد من التقيد بالعقود الثمانية المنصوص عليه في هذا القانون وبالتعريف الموجز الذي أورده لها.

وما يلاحظ على المرجعية الثانية أنّ هذا القانون قد اكتفى بتعريف هذه الأوعية العقدية ، ولم يحدد معالم أحكامها ، ولم يلحقها بأحد العقود المسماة مثل ما فعلت بعض التشريعات العربية ، والتي ألحقتها بعقد الإيجار في غير المنصوص عليه.

فبعض هذه الأوعية العقدية لا إشكال في تفعيلها في أرض الواقع ؛ لأنّ أغلب أحكامها مبينة في الأحكام القانونية غير المخالفة حسبما وردت به المرجعية الثالثة ، مثل عقد الإيجار وعقد المقاولة وعقد المقايضة ، ولكن البعض الآخر من هذه الأوعية العقدية المنصوص عليها في هذا القانون غير معروفة لدى المشرع الجزائري سالفاً ، وهي حديثة ووليدة القانون 01 - 07 ، فكيف يكون التعامل معها ، وما هي

تفاصيل أحكامها ، وقد تباينت نظرة فقهاء الشريعة لكل عقد بحسب المدارس الفقهية ، مما يضع كلا من الفقيه والقاضي أمام تحد كبير ، وهذا ما سأؤكدده في هذا العنصر الموالي.

ثالثا : التقيد بالأحكام القانونية غير المخالفة للقانون 01 - 07 : والمقصود من هذه المرجعية أنه لا بد من احترام القواعد القانونية التي تحكم العقود في سائر التشريعات؛ كالتقنين المدني والتجاري والعقاري...الخ. وذلك بشرط أن لا يؤدي التقيد بتلك الأحكام إلى مخالفة خصوصية أحكام الملك الوقفي الواردة في القانون 01 - 07 .

وما يلاحظ على هذه المرجعية الثالثة أنه لا يمكن تفعيلها والاهتداء بها في تفاصيل بعض العقود المنصوص عليها في القانون 01 - 07 ، وذلك لأنّ بعض هذه العقود ليس للتقنينات الجزائرية (على مختلف أنواعها) سابقة معرفة بها ، ولم تتعرض لها ، وهي حديثة في المنظومة التشريعية الجزائرية، وعلى سبيل المثال عقود استثمار الأراضي الفلاحية الوقفية (المزراعة والمساقاة والحكر) ، فهي عقود لم تنظمها التقنينات الجزائرية من قبل مطلقا.

الفرع الثالث : عوائق تطبيق مرجعية المشرع الجزائري في عقد المزارعة (انموذجا)

إن بعض أحكام الأوعية العقدية المنصوص عليها في القانون 01 - 07 تختلف من مذهب إلى آخر ، بل وفي داخل المذهب الواحد نجد تباينا بين فقيه وآخر ، وهذا الاختلاف يشكل عائقا كبيرا لتطبيق المرجعية الثانية عند تفعيل عقود استثمار الملك الوقفي في أرض الواقع ، ويشكل تحديا كبيرا في حال التنازع، وللتدليل على هذا الأمر سأتناول عقد المزارعة كانموذجا لذلك في بعض مسائله ، وسأقف عند المسائل التي تباينت فيه آراء الفقهاء بشكل واضح ، وتساوت فيها أدلتهم ، وذلك فيما يلي:

أولا : طبيعة العقد : لقد تباينت نظرة الفقهاء إلى طبيعة عقد المزارعة ، وبأي العقود المسماة التي يمكن أن يلحق بها ، ولم يتفقوا في ذلك على رأي واحد ، وأجمل ذلك فيما يلي :

1/ طبيعة المزارعة أنها شركة : وهو رأي الحنابلة، والذين يرون بأنّ عقد المزارعة هو من جنس الشركات ، وتتسحب عليه أحكامها ، لأنه عقد يشترك فيه المزارع وصاحب الأرض في نماء الزرع⁽¹⁾.

2/ طبيعة المزارعة أنها تنعقد إجارةً وتتم شركة : وهو رأي متأخري الأحناف، ويرون بأنّ المزارعة تنعقد إجارةً؛ أي أن المزارع يملك منفعة الأرض، وصاحب الأرض يملك منفعة المزارع، ثمّ تتم شركة؛ أي الشركة في الخارج على الوجه المشروط⁽²⁾.

(1) . محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة أبو بكر السرخسي الحنفي. المبسوط. دار المعرفة. بيروت. لبنان. طبعة سنة 1406هـ: 572/3.

(2) . علي حيدر. درر الحكام شرح مجلة الأحكام. دار الجيل. . بيروت. لبنان. سنة النشر: 1423هـ/2003م: 467/6.

3/ طبيعة المزارعة أنها شركة وإجارة في آن واحد : وهو رأي المالكية، ويرون بأن المزارعة هي شركة وإجارة في آن واحد ابتداءً ، كل واحدة منهما مقتضية للأخرى بكليتها، لا فضل فيها عنها، ثم انقسموا بعد ذلك إلى فريقين هما:

أ/ الفريق الأول : غلب طبيعة الاشتراك، وهو قول ابن القاسم في المدونة، وهو الاتجاه المقدم في المذهب.

ب/ الفريق الثاني : غلب طبيعة الاستئجار، وهو قول ابن كنانة وابن القاسم - في كتاب ابن سحنون - وابن الماجشون وسحنون⁽¹⁾.

فكان ينبغي على المشرع الجزائري أن يختار من هذه الاتجاهات الفقهية ما يراه مناسباً لطبيعة عقد المزارعة ، فيحسم بذلك الخلاف ، وتنضبط حينئذ اجتهادات القضاة في غير المنصوص عليه ، ولا تتضارب أحكامهم ، مثل ما فعلت التشريعات العربية ، والتي أخذت برأي الفريق الثاني من المالكية ، كالمشرع العراقي في المادة رقم 807 من القانون المدني، والمشرع المصري في المادة رقم 620 من القانون المدني، والمشرع السوري في المادة رقم 587 من القانون المدني، والمشرع القطري في المادة رقم 649 من القانون المدني، والمشرع الكويتي في المادة رقم 627 من القانون المدني، والتي نصت على أنه تسري أحكام الإيجار على المزارعة.

ثانيا : اللزوم : لم يتفق الفقهاء في لزوم عقد المزارعة ، وهذا تفرعاً على اختلافهم في طبيعة العقد ، ويمكن أن أجمل آراءهم في ما يلي :

1/ المزارعة لازمة في حق الطرفين معا مطلقاً بمجرد العقد : وهو رأي ابن الماجشون وسحنون من المالكية، والشافعية ، وبعض الحنابلة ، ومتأخرو الأحناف، ويرون بأن عقد المزارعة لازم في حق الطرفين معا مطلقاً بمجرد العقد ، وليس لأحدهما العدول عنه، مثله مثل سائر العقود اللازمة من عقود المعاوضات⁽²⁾.

(1) . محمد بن أحمد أبو عبد الله، المعروف بالشيخ عليش المالكي. منح الجليل شرح مختصر خليل. دار الفكر. بيروت. لبنان. سنة النشر 1409هـ/1989م: 336/6.

(2) . عبد الله بن أحمد موفق الدين المعروف بابن قدامة الحنبلي. المغني. دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان. الطبعة الأولى. سنة النشر 1405هـ/1985م: 233/5. وعزاه ابن قدامة لبعض الأصحاب. علاء الدين أبو الحسن بن سليمان المرداوي الحنبلي. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. تحقيق محمد حامد الفقي. دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان. الطبعة الثانية. بدون سنة النشر: 472/5. عليش. المرجع السابق: 336/6. وعزاه عليش لابن الماجشون وابن كنانة وابن القاسم في كتاب ابن سحنون. زكريا الأنصاري أبو يحيى الشافعي. أسنى المطالب شرح روض الطالب. دار الكتاب الإسلامي. القاهرة. مصر. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر: 393/2. علي حيدر الحنفي. المرجع السابق: 467/6.

2/ المزارعة غير لازمة في حق الطرفين معا مطلقا : وهو رأي الحنابلة في الأظهر عندهم ، ويرون بأن عقد المزارعة غير لازم في حق الطرفين معا مطلقا ، أي سواء شرع في العمل أو لم يُشرع فيه، وسواء ألقى البذر في الأرض أو لم يُلق (1).

3/ المزارعة لازم في حق الطرفين معا بانضمام أمر : وهو رأي أغلب المالكية ، ويرون بأن عقد المزارعة لازم في حق الطرفين معا بانضمام أمر إلى العقد، ومقتضاه أن عقد المزارعة غير لازم للطرفين معا بمجرد العقد، إلا إذا انضم إلى العقد أحد أمرين، وهما:

أ/ الأمر الأول : الشروع في العمل : سواء كان هذا العمل هو تهيئة للأرض أو تنقيتها أو حرثها ونحوها، ولا يشترط أن يلقى البذر فيها، وبهذا الحكم جرت الفتوى في قرطبة بالأندلس.

ب/ الأمر الثاني : إلقاء البذر في الأرض (أي زرعها) : سواء تقدم عنه عمل بتهيئة الأرض ونحوه، أو لم يتقدم، وسواء بذر بعض الأرض أو كلها، وهذا هو الرأي الراجح في المذهب (2).

4/ المزارعة لازم في حق صاحب الأرض : وهو رأي بعض الحنابلة، في رأي غير مقدّم عندهم، ويرون بأن عقد المزارعة لازم في حق صاحب الأرض فقط ، فلا يستطيع فسخ العقد من تلقاء نفسه، ويجوز للمزارع أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه (3).

5/ المزارعة لازم في حق من لم يتكفل بالزّرع : وهو رأي فقهاء الأحناف دون إمامهم، ويرون بأن عقد المزارعة لازم في حق من لم يتكفل بالزّرع فقط ، سواء كان صاحب الأرض أو المزارع، فلا يملك فسخها بدون رضا الطرف الآخر إلا بعذر يمنعه من إتمامها (4).

والملاحظ أن سبب اختلاف الفقهاء في لزوم عقد المزارعة ناشئ عن اختلافهم في طبيعة العقد، هل هو من جنس الإيجارات أو من جنس الشركات، وأيضا عن اختلافهم في الجهة المطالبة بتوفير الزريعة وما في حكمها، ويشفع لهم كلهم في هذا الاختلاف تحريم العدل، وتقادي الاستغلال.

وما دام المشرع الجزائري لم يبين حقيقة نظرته إلى عقد المزارعة ، وبأي العقود المسماة يلحق ، فلا يمكن حينئذ الوقوف على رأيه في حقيقة لزوم هذا العقد.

ثالثا : تحمل آلات العمل : المقصود بالآلات العمل هي التي لا يبقى أثرها في الأرض بعد انقضاء المزارعة ، وهي إما أن يكون لها صلة مباشرة بأعمال الزراعة، كالقأس، والمنجل وآلة الحرث أو دوابها، أو

(1) . المردواي الحنبلي. المرجع السابق: 472/5.

(2) . عليش المالكي. المرجع السابق: 336/6.

(3) . المردواي الحنبلي. المرجع السابق: 472/5.

(4) . محمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين الحنفي. رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار. تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. سنة النشر 1423هـ/2002م: 274/6.

لا يكون لها صلة مباشرة بأعمال الزراعة، كقنوات توصيل المياه، والأسمدة، وأدوية المعالجة. وانقسم الفقهاء في تحديد المطالب بتوفيرها إلى فريقين، وهما:

1/ الفريق الأول : لا يفرقون بين النوعين من الوسائل، سواء التي لها صلة مباشرة بأعمال الزراعة، أو التي ليس لها صلة مباشرة بأعمال الزراعة، وهذا الفريق هم الأحناف والمالكية والشافعية، والحكم هو بحسب المذاهب على التفصيل الآتي:

أ/ الأحناف : يرون بأن آلات العمل بنوعها على المزارع فقط، وهو الذي يتحمل نفقة ذلك كله، ولكن أجازوا أن تكون من صاحب الأرض بشرط أن يتحمل أيضا معها المزرع أو نفقته، والمزارع يدخل بعمله فقط، وهذا لأن آلة العمل عندهم تابعة للعقد، فإذا جعلت مقصودا في العقد فسدت المزارعة⁽¹⁾.

ب/ المالكية : يرون بأن آلات العمل بنوعها على الطرفين، أي يتحملان نفقة ذلك سويا، وهذا من منطلق أن المزارعة عندهم شركة⁽²⁾.

ج/ الشافعية : نصوا على أن كل وسيلة يعمل بها المزارع مهما كانت، حتى ولو كانت بسيطة كالمنجل، فهي على صاحب الأرض، وما على المزارع إلا العمل، إلا أن يأتي المزارع بها من تلقاء نفسه⁽³⁾.

2/ الفريق الثاني : يرى بأن الآلات إذا كانت لها صلة مباشرة بالعمل فهي على المزارع، وأما إذا كانت لها صلة غير مباشرة، فهي على صاحب الأرض، وهذا الفريق هم الحنابلة⁽⁴⁾.

وكان على المشرع الجزائري أن يحدد موقفه من هذه المسألة ، ويختار لنفسه رأيا من هذه الآراء ، حسما لأي خلاف قد يقع بين أطراف العقد ، مثل ما فعلت بعض التشريعات العربية ، حيث أوجبت على المزارع توفير جميع الآلات المساعدة على العمل؛ مما لا يبقى أثره في الأرض بعد انقضاء المزارعة؛ سواء كانت هذه الآلات لها صلة مباشرة بأعمال الزراعة، أو لا يكون لها صلة مباشرة بأعمال الزراعة، ومن هذه التشريعات: المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة رقم 623 من القانون المدني، والمشرع السوري في المادة رقم 590 من القانون المدني، والمشرع القطري في المادة رقم 652 من القانون المدني، والمشرع الإماراتي في المادة رقم 816 من قانون المعاملات المدنية، والمشرع الأردني في الفقرة الأولى من المادة 730 من القانون المدني.

(1) . علي حيدر الحنفي. المرجع السابق: 491/3.

(2) . محمد بن أحمد الشهير بميارة الفاسي المالكي. الإتيان والإحكام في شرح تحفة الحكام. دار المعرفة. بيروت. لبنان. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر: 120/2.

(3) . محمد بن أحمد الشرييني الخطيب شمس الدين الشافعي. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر: 432/3.

(4) . مصطفى السيوطي الرحيباني الحنبلي. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. المكتب الإسلامي. بيروت. لبنان. الطبعة الثانية. سنة النشر 1415هـ/1994م: 567/3.

الخاتمة

وبعد هذا العرض لإشكالية المرجعية في تنظيم استثمار الملك الوقفي في التشريع الجزائري ، يتبين لنا أنّ ما تناوله القانون 10 - 07 من أحكام بعض الأوعية العقدية التي تحوي استثمار الملك الوقفي ، وما حدده من مرجعيات ، لا يمكن لها أن تكون نظرة متكاملة حول هذه العقود ، ولا يمكن لها أن تشفي غليل القاضي فيما يطرح بين يديه من منازعات ، وكان على المشرع الجزائري على أقل تقدير أن يلحق بعض هذه العقود (كالمزارعة والمساقاة) بأحد العقود المسماة ، إلا فيما تختص به من أحكام ، وليكن هذا العقد الملحق به هو عقد الإيجار مثل ما فعلت بعض التشريعات العربية، وبذلك ينجو من هذه المحاذير.

المراجع

الكتب

- زكريا الأنصاري أبو يحيى الشافعي. أسنى المطالب شرح روض الطالب. دار الكتاب الإسلامي. القاهرة. مصر. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر.
- عبد الله بن أحمد موفق الدين المعروف بابن قدامة الحنبلي. المغني. دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان. الطبعة الأولى. سنة النشر 1405هـ/1985م.
- علاء الدين أبو الحسن بن سليمان المرداوي الحنبلي. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. تحقيق محمد حامد الفقي. دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان. الطبعة الثانية. بدون سنة النشر.
- علي حيدر. درر الحكام شرح مجلة الأحكام. دار الجبل. بيروت. لبنان. سنة النشر: 1423هـ/2003م.
- محمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين الحنفي. رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار. تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. سنة النشر 1423هـ/2002م.
- محمد بن أحمد أبو عبد الله، المعروف بالشيخ عlish المالكي. منح الجليل شرح مختصر خليل. دار الفكر. بيروت. لبنان. سنة النشر 1409هـ/1989م.
- محمد بن أحمد الشرييني الخطيب شمس الدين الشافعي. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر.
- محمد بن أحمد الشهير بميارة الفاسي المالكي. الإتنان والإحكام في شرح تحفة الحكام. دار المعرفة. بيروت. لبنان. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر.
- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة أبو بكر السرخسي الحنفي. المبسوط. دار المعرفة. بيروت. لبنان. طبعة سنة 1406هـ.
- مصطفى السيوطي الرحيباني الحنبلي. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. المكتب الإسلامي. بيروت. لبنان. الطبعة الثانية. سنة النشر 1415هـ/1994م.

القوانين والمراسيم

- القانون رقم 01 – 07 مؤرخ في 28 صفر عام 1422 هـ الموافق 22 مايو سنة 2001 م يعدّل ويتم القانون رقم 91 – 10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق 27 أبريل سنة 1991 م والمتعلّق بالأوقاف.
- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م.
- القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري.
- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18/5/1949م.
- القانون المدني القطري (2004/22).
- مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980م بإصدار القانون المدني الكويتي (1980/67).
- قانون المعاملات المدنية الإماراتي (1985/5).
- قانون رقم (43) لعام 1976م المتضمن للقانون المدني الأردني.
- الأمر 58/75 المؤرخ في 29 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني.
- المرسوم التشريعي 283/64 المتضمن الأملاك الحبسية العامة.
- المرسوم التنفيذي رقم 98 – 381 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 هـ الموافق أول ديسمبر سنة 1998م المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.